UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE
FACULTÉ DE DROIT D'AIX

DU
PRINCIPE D'ÉGALITÉ
ENTRE L'HOMME ET LA FEMME
AU POINT DE VUE
DU DROIT CIVIL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

PAR

Jules SILVESTRE
Avocat au barreau de Marseille

MARSEILLE
IMPRIMERIE MARSEILLAISE
39, rue Sainte, 39
1904

DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ

ENTRE L'HOMME ET LA FEMME

AU POINT DE VUE

DU DROIT CIVIL

UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE
FACULTÉ DE DROIT D'AIX

DU
PRINCIPE D'ÉGALITÉ
ENTRE L'HOMME ET LA FEMME
AU POINT DE VUE
DU DROIT CIVIL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

ACAD. LAUD. BAT. BIBL.

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE
PAR

Jules SILVESTRE
Avocat au barreau de Marseille

MARSEILLE
IMPRIMERIE MARSEILLAISE
39, rue Sainte, 39
1904

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549817_0031

COMMISSION

Président : M. JOURDAN, professeur ;

Suffragants { M. VERMOND, professeur ;
M. HÉMARD, agrégé.

UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE. — FACULTÉ DE DROIT D'AIX

PERSONNEL

MM. Bry, doyen, professeur de Droit romain.
Jourdan, professeur de Droit civil.
Bouvier-Bangillon, professeur de Droit commercial.
Lacoste, professeur de Droit civil.
Vermond, professeur de Droit romain.
Moreau, professeur de Droit administratif.
Audinet, professeur de Droit international public.
Perreau, professeur d'Économie politique, délégué à la Faculté de Paris.
Cézar-Bru, professeur de Droit civil.
Ferron, professeur de Procédure civile, délégué à la Faculté de Bordeaux.
Babled, agrégé, chargé du cours d'Économie politique.
Bonnecarrère, agrégé, chargé du cours de Droit criminel.
Caillemer, chargé du cours d'Histoire de Droit français.
Delpech, chargé du cours de Droit constitutionnel.
Hémard, chargé du cours de Procédure civile.
Schatz, chargé du cours d'Économie politique et d'Histoire des doctrines économiques.
Jougla, secrétaire.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

BIBLIOGRAPHIE

AFTALION. — *Les lois relatives à l'épargne de la femme mariée.* Paris, Pedone, 1898. — *La femme mariée, ses droits et ses intérêts pécuniaires.* Ibid., 1899.

BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE.— *Des personnes.* Paris, Larose, 1896.

BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE.— *Du contrat de mariage.* Paris, Larose, 1897.

BEAUNE. — *Droit coutumier français : La condition des personnes.* Paris-Lyon, Delhomme et Briguet.

BRIDEL. — *La femme et le droit.* Paris, Pichon, 1884. — *Le droit des femmes et le mariage.* Paris, Alcan, 1893.

CAUWÈS. — *De la protection des intérêts économiques de la femme mariée.* Paris, Larose, 1894.

CONGRÈS de la condition et des droits des femmes : *Compte-rendu des Travaux.* Paris, 1901.

DEMOLOMBE. — *Cours de Code civil : Du mariage.* Paris Durand, 1847.

FENET. — *Travaux préparatoires du Code civil.* Paris, Videcoq, 1856.

GIDE. — *Étude sur la condition privée de la femme.* Paris, Larose et Forcel, 1885.

HUC. — *Commentaire théorique et pratique du Code civil.* Paris, Pichon, 1892.

INGELBRECHT. — *Le féminisme et la femme mariée* (Revue politique et parlementaire, février 1900).

JHERING (VON). — *Esprit du droit romain,* traduction de Meulenaere. Paris, Chevalier-Marescq, 1886.

Kœnigswarter. — *Histoire de l'organisation de la famille en France.* Paris, Durand, 1851.

Laboulaye. — *Recherches sur la condition civile et politique des femmes.* Paris, Durand, 1843.

Laurent. — *Droit civil français.* Paris, Marescq, 1878.

Le Senne. — *Droits et devoirs de la femme devant la loi française.* Paris, Hennuyer, 1884.

Letourneau. — *L'évolution du mariage et de la famille.* Paris, Vigot, 1888.

Mill (Stuart). — *L'assujettissement des femmes.* Traduction Cazelles. Paris, Guillaumin, 1876.

Moysen. — *La femme dans le droit français.* Paris, Chevalier-Marescq, 1896.

Novicow. — *L'affranchissement de la femme.* Paris, Alcan, 1903.

Posada. — *Théories modernes sur les origines de la famille, de la société et de l'État.* Paris, Giard et Brière, 1896.

Pothier. — *Traité du contrat de mariage,* annoté par Bugnet. Paris, 1861.

Rivier. — *Précis du droit de famille romain.* Paris, Rousseau, 1891.

Turgeon. — *Le féminisme français.* Paris, Larose, 1902.

PRÉFACE

PRÉFACE

Si l'on entend par thèse de droit civil une dissertation sur un sujet choisi exclusivement dans l'un des titres du Code, accompagnée de l'examen minutieux des textes, de l'exposition des controverses de la doctrine et des solutions de la jurisprudence, cet ouvrage n'est pas une thèse de droit civil, Il se rattache en effet autant à la philosophie du droit et même à la sociologie qu'à l'étude du Code.

La philosophie du droit et la sociologie ne sont pas, dans nos Facultés, l'objet de cours spéciaux : elles le seront peut-être plus tard. L'extension de plus en plus grande des programmes universitaires permet de le prévoir. Présenter aux suffrages de la Faculté une œuvre qui, tout en appartenant au domaine du droit civil, n'est pas étrangère à ces deux sciences, ne sera donc pas regardé comme un acte trop téméraire. Pour le justifier, il ne me sera pas nécessaire d'invoquer le privilège, laissé à ceux qui ont suivi les cours plus généraux de l'ancien

doctorat, de choisir leur sujet de thèse avec une assez grande liberté.

Je me suis proposé d'étudier, en tant qu'elle concerne nos institutions de droit civil, une doctrine dont les adeptes poursuivent l'extension des droits de la femme. Au cours de ces dernières années elle a, sous le nom de *féminisme*, occupé l'opinion publique et a même attiré l'attention de nos législateurs.

La plupart des questions qu'elle soulève ne sont pas nouvelles. Mais, et en cela consiste son originalité, ce ne sont pas aujourd'hui de graves jurisconsultes ou de vénérables philosophes qui soutiennent la discussion avec le plus d'ardeur. Des femmes ont pensé qu'elles devaient être les premières à défendre les droits des femmes, et, admettant toutefois le concours d'hommes éminents, ont entrepris une réforme qui a pour but de rajeunir à leur profit la vieillesse de nos codes. Aux revendications de toutes sortes, si nombreuses à notre époque, elles ont ajouté les revendications féminines.

Les auteurs de nos codes, prétendent-elles, ont fait à la femme une intolérable situation. Cependant la Déclaration des Droits de l'Homme, qui a inspiré notre législation, a proclamé l'égalité de tous les citoyens : « La loi, dit la célèbre Déclaration, doit être la même

pour tous.... Tous les citoyens, étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, leurs vertus et leurs talents . » Doit-on croire que la capacité, les vertus et les talents des femmes ont paru au législateur inférieurs à ceux des hommes et que telle est la cause de l'injuste condition qui leur a été imposée. Ou bien, les législateurs faisant la loi pour ceux qui font les législateurs, les rédacteurs de la Déclaration de 1789 ne se sont-ils occupés que des droits des hommes et ont-ils oublié ceux des femmes ?

Ainsi parlent les féministes. Cet ouvrage a pour objet, en comparant les droits et aussi les devoirs de la femme à ceux de l'homme dans les différentes positions où tous deux peuvent se trouver dans la vie civile, de critiquer, dans le domaine de nos lois privées, les critiques du féminisme contemporain, de voir dans quelle mesure elles peuvent être justifiées et de constater à leur égard la tendance de notre législation.

Dans chaque chapitre le droit actuel sera rapproché du principe de l'égalité juridique de l'homme et de la femme. Nous examinerons si les dispositions du Code sont conformes à ce principe, si elles sont équitables, si elles doivent être modifiées ou si elles sont imposées par des considérations d'intérêt supérieur. Nous

rechercherons en même temps dans quel sens a évolué le droit civil, et nous essayerons de prévoir les suites de l'évolution commencée en cette matière.

Mais avant d'examiner ce qui est ou ce qui doit être, il convient de ne pas ignorer ce qui a été. Un exposé de la condition de la femme dans les législations auxquelles la nôtre doit ses origines permettra de mesurer le chemin parcouru et de mieux apprécier les progrès accomplis.

PREMIÈRE PARTIE

LÉGISLATIONS ANCIENNES

PREMIÈRE PARTIE

LÉGISLATIONS ANCIENNES

CHAPITRE PREMIER

GRÈCE

LA FEMME DANS LA LÉGISLATION GRECQUE

Dans les sociétés primitives antérieures à la civilisation grecque et à la fondation de Rome, chez les patriarches qui conduisaient leurs troupeaux dans les plaines de la Judée, ou chez les ancêtres des races aryennes qui peuplaient les plateaux de l'Asie, la femme, considérée comme un être inférieur, était par sa seule nature placée sous la domination de l'homme. Sa condition, à ces époques reculées, peut être comparée à celle que lui font encore de nos jours certaines nations orientales ou la plupart des tribus qui habitent les parties du monde à peine civilisées. Cet état d'abaissement auquel était condamnée la femme des premiers âges nous est dévoilé par les Écritures bibliques, par les Lois de Manou ou par les documents que nous ont transmis les écrivains anciens ; la science sociale en a récemment recherché les causes.

La première explication, par ordre chronologique, de l'infériorité de la femme a été donnée par la *Genèse*. Après le péché originel, Dieu, punissant la mère du genre humain, la soumit expressément à la domination de l'homme.

Les sociologues contemporains ont donné à l'assujettissement des femmes une cause qui n'a d'ailleurs rien de contradictoire avec la précédente. La subordination de la femme à l'homme est la soumission de l'être plus faible à l'être plus fort, et l'abus que l'homme a fait de sa force a changé cette soumission en asservissement. Aux premiers âges de l'humanité, lorsqu'un homme arrivait à l'âge adulte, il s'emparait de la femme, en usant de force ou de ruse (1). Tel est le mariage par capture, et le simulacre d'enlèvement de la fiancée, qui faisait partie, en Grèce et à Rome, des cérémonies nuptiales, n'en était qu'un vestige. Au lieu de conquérir sa femme d'une manière aussi brutale, l'époux pouvait également l'acheter à celui à qui elle appartenait, c'est-à-dire au père ou au premier mari. C'est le mariage par achat ; et la formalité du sou et du denier remis au père par le fiancé n'en était, chez les Francs, qu'un souvenir. Dans tous les cas le résultat était le même : le mari devenait

(1) Antérieurement à la période patriarcale aurait existé, d'après Bachofen, Mac Lennan, John Lubbock, Herbert Spencer, Giraud Teulon, L. Bridel, etc., le système familial connu sous le nom de *matriarcat*. Le mariage n'aurait produit alors aucun effet juridique ; la parenté maternelle aurait été seule connue grâce au fait de l'accouchement, la paternité étant encore ignorée.

propriétaire de sa femme (1), et, lorsqu'il en avait des enfants, ceux-ci étaient aussi sa propriété par accession, comme s'il s'était agi du lait de ses brebis ou du croît de ses troupeaux.

Quoi qu'il en soit, de longs siècles s'étaient écoulés depuis la disparition de la barbarie primitive ; les républiques de la Grèce avaient depuis longtemps donné des lois à leurs premiers citoyens lorsque la civilisation grecque, éclose sous le ciel de l'Attique, s'épanouit et commença à donner ses premiers fruits. Et cependant, même dans le plein éclat de cette civilisation, le peuple grec n'a pu complètement répudier les influences que les coutumes des premiers hommes ont, par une sorte d'atavisme, exercées sur ses mœurs et sur sa législation.

Tandis que le jeune citoyen des républiques helléniques, après avoir reçu une éducation qui avait développé à la fois ses forces physiques et les facultés de son esprit, donnait son temps et son activité à l'étude des sciences et des arts, aux jeux et aux spectacles, et s'initiait aux affaires publiques, la jeune fille, laissée dans l'ignorance, vivait enfermée dans le gynécée avec sa mère, ses sœurs et les servantes de la maison (2). Lorsqu'elle était nubile, il n'était pas nécessaire qu'elle

(1) De là résulte la polygamie. Si la femme est assimilée à un objet susceptible de propriété, il est licite d'en avoir plusieurs. Mais l'adultère de la femme est interdit, parce qu'il est une atteinte à la propriété d'autrui.

(2) Seules les courtisanes recevaient une éducation qui permit à plusieurs d'entre elles de jouer un rôle important dans la société grecque : telles Aspasie et Phryné.

fût consultée sur le choix de son fiancé. Son père disposait d'elle ainsi qu'il le voulait ; la loi l'autorisait à la céder soit immédiatement, soit par testament à un mari ou à un tuteur. Lorsqu'il mourait sans enfants mâles et sans avoir ainsi usé de ses droits paternels, la jeune fille était réunie à la succession, et l'héritier avait la faculté ou de l'épouser lui-même, ou de la donner à un autre en même temps que les biens successoraux (1).

La puissance maritale n'avait pas moins d'étendue que la puissance paternelle. Le mari pouvait à son gré abandonner les droits qu'il avait reçus du père et répudier sa femme, ou encore les transmettre en la donnant à un nouvel époux. S'il ne lui était permis de n'avoir qu'une seule épouse légitime, il ne lui était pas interdit d'avoir en même temps une ou plusieurs concubines dont il pouvait légitimer les enfants suivant sa seule volonté. Sa mort même n'affranchissait pas sa femme ; souvent son testament lui imposait un tuteur, et, si elle n'avait pas été l'objet d'une disposition testamentaire, elle retournait sous la domination de ses parents.

(1) L'héritier était obligé de choisir l'une de ces deux alternatives ou de renoncer à la succession.

D'après les croyances de tous les anciens peuples d'origine aryenne, les ancêtres défunts, devenus les divinités du foyer domestique, continuaient leur vie sous la terre. Seuls, leurs descendants par les mâles pouvaient offrir les sacrifices dus à leurs mânes.

Lorsqu'un homme ne laissait aucun enfant mâle, sa fille, ou l'aînée de ses filles, appelée « épiclère » (ἐπίκληρα), devait être mariée, et son premier enfant du sexe masculin recevait le nom et la succession du défunt dont il était censé, par une exceptionnelle fiction, continuer la famille.

La femme qui n'avait ni père, ni mari, ni tuteur testamentaire ou légitime, était mise en tutelle par les soins de l'archonte.

La puissance du tuteur était de la même nature que celle du père et celle du mari. Ces trois pouvoirs avaient reçu le même nom (1) ; leurs effets, quant à la capacité de la femme, étaient identiques.

Qu'elle fût mère, épouse, fille, orpheline ou veuve, la femme grecque était toujours frappée par la loi de la même incapacité. Assimilée au mineur, elle ne pouvait, comme lui, conclure que les conventions d'une importance minime ; tous les autres contrats qu'elle passait étaient nuls. Comme à tout mineur, il lui était interdit d'agir en justice ; son père, son mari ou son tuteur la représentaient dans tous les actes civils. Elle ne pouvait être émancipée ; et, tandis que la minorité du jeune homme cessait lorsqu'il avait atteint l'âge de dix-huit ans, celle de la femme était perpétuelle.

Mais si la faiblesse naturelle de la femme avait servi de prétexte pour la placer dans une continuelle infériorité, elle avait en même temps attiré sur elle la protection des lois ; le sort de la femme destinée à devenir mère intéressait l'État, qui ne devait pas manquer de citoyens. Aussi lorsqu'un père, un mari ou un tuteur abusait de ses droits, les magistrats publics interposaient leur autorité. Ils avaient le pou-

(1) Κύριον = souveraineté, pouvoir du maître.

voir et aussi le devoir de contraindre le père négligent à marier sa fille et à la doter. La législation de Solon réglementait dans ses détails cette obligation du chef de famille à l'égard de son enfant nubile.

Afin que l'époux fût détourné du divorce et que la veuve pût se remarier plus facilement, la dot devait être conservée par le mari pendant le mariage et restituée par lui ou par ses héritiers, à sa dissolution. Une hypothèque instituée par l'usage et un privilège établi par la loi garantissaient cette restitution ; pour l'obtenir, les représentants de la femme, c'est-à-dire ses héritiers, son père ou son tuteur, suivant que le mariage avait été dissous par la mort ou par le divorce, étaient armés d'actions spéciales.

Enfin, à côté et au-dessus des lois, les mœurs douces et libérales de la Grèce corrigèrent ce que l'application des principes primitifs aurait eu de trop brutal. Mais, quoique modifiée avec le temps par la civilisation, la législation grecque maintint toujours les femmes dans une condition indigne d'elles ; et ce n'est pas la dissolution des mœurs qui régnait en Grèce, à l'époque de la conquête romaine, qui aurait pu les en affranchir.

CHAPITRE II

ROME

LA FEMME DANS LA LÉGISLATION ROMAINE

Pendant que la Grèce, voisine de l'Orient, en subissait les influences, Rome conservait dans leur simplicité les institutions aryennes et l'organisation patriarcale de la famille ; les mœurs austères des premiers Romains accrurent encore ce qu'elles contenaient d'énergique et de rigoureux.

La famille romaine comprenait toutes les personnes qui étaient soumises à un même chef désigné sous le nom de *paterfamilias*. Ce chef de famille était l'ascendant le plus ancien de la ligne paternelle, père, grand-père, aïeul. Il avait sous sa puissance une femme, des fils, des filles, belles-filles, petits-fils et leurs descendants par les mâles. Ses pouvoirs étaient, en principe, illimités et perpétuels : il pouvait jeter ses descendants en prison, les battre de verges, les vendre et les tuer, en diminuer artificiellement le nombre par l'émancipation ou l'augmenter par l'adoption. Tous ceux qui étaient placés sous son autorité étaient incapables de posséder un patrimoine, les biens qu'ils acquéraient appartenaient à celui de qui ils dépendaient eux-mêmes. Cet ascendant le plus éloigné célébrait les cérémonies de la religion domestique, offrait aux divinités du foyer et aux mânes des ancêtres les prières et les sacrifices. Il maintenait aussi

le bon ordre dans la famille. Suivant une expression très connue et très exacte, lui seul était, dans sa maison, à la fois propriétaire, prêtre et juge.

Ce pouvoir absolu du chef de famille tenait dans une égale soumission le fils et la fille. Cependant leurs relations respectives à l'égard de leur père furent de bonne heure séparées par de sensibles différences.

Le jeune homme placé sous la puissance paternelle était destiné à devenir plus tard *paterfamilias*. Après avoir, pendant un certain nombre d'années, représenté la famille et continué sur la terre la suite de ses ancêtres décédés, il les rejoindra dans la tombe, transmettant à son tour à ses enfants, en même temps que ses pouvoirs, le culte domestique. Lui aussi recevra, après sa mort, les sacrifices dus aux aïeux défunts. Ses descendants, héritiers siens (*sui heredes*), les offriront à sa mémoire, mais devront avoir été agréés par lui. Aussi le mariage qui doit les lui donner, tandis qu'il est sous la puissance de son *pater*, ne peut lui être imposé, *ne invito heres suus adgnascatur* (1).

Pour les mêmes motifs, le chef de famille qui a des enfants mâles ne peut adopter un étranger à titre de petit-fils, sans leur consentement. Une telle adoption leur donnerait un héritier malgré eux.

Inversement, le mariage du fils ou du petit-fils étant destiné à donner des héritiers siens à tous ses ascendants,

(1) « Non cogitur filiusfamilias uxorem ducere » (*Dig.* XXIII. II. 21) ; — « filiofamilias dissentiente, sponsalia nomine ejus fieri non possunt » (*Dig.*, XXIII. I. 13).

le même principe s'oppose à ce qu'il soit conclu sans qu'ils y aient tous consenti.

Mais le mariage de la jeune fille n'avait pas les mêmes conséquences. Jamais elle n'exercera la puissance paternelle, et ses enfants naîtront sous la puissance de leur propre père ou du père de leur père. Aussi les règles exceptionnelles admises pour le fils ne l'étaient pas pour elle. Le chef de famille avait le droit de marier contre leur propre volonté la fille et la petite-fille restées sous sa puissance. La loi 11 du titre *De sponsalibus* dit en effet que le consentement des futurs époux est exigé pour les justes noces dans les mêmes conditions qu'il l'est pour les fiançailles, et la loi suivante du *Digeste* ajoute aussitôt que, pour les fiançailles, la fille ne peut résister à la volonté de son père, à moins que le fiancé ne soit de mœurs indignes ou de condition honteuse (1).

Certains textes indiquent que le père avait encore le pouvoir exorbitant de rompre l'union que sa fille avait contractée même avec son consentement (2). Pour enlever sa fille à son époux le père avait l'action qui lui servait pour faire rentrer chez lui l'objet ou l'esclave qui lui appartenaient : il la revendiquait (3). Divers auteurs donnaient cependant au mari l'action

(1) « Tunc autem solum dissentiendi a patre licentia filiæ conceditur si indignum moribus vel turpem sponsum ei pater eligat » (*Dig.*, XXIII. I. 12. § 1).

(2) *Fragm. Vatic.* § 116 ; Cicéron, *Ad Herem.*, II. XXIV. 38. Un passage de la comédie de *Stichus* de Plaute mentionne aussi ce droit.

(3) *Dig.*, VI. I. 1. § 2 ; XLIII. XXX. 3. § 3.

d'un acheteur évincé (1). Mais il était nécessaire que le mariage n'ait pas été contracté *cum manu*, sinon les droits du père étaient éteints (2).

Le père qui impose ainsi ses ordres ou donne simplement son consentement n'est pas celui à qui nous donnons actuellement ce nom, c'est-à-dire le père naturel, mais bien le *paterfamilias*, chef de la famille romaine. Le père naturel, s'il est placé sous la puissance de l'aïeul, n'est pas nécessairement consulté pour le mariage de sa fille ; contrairement à la règle usitée en pareil cas pour son fils, son consentement est inutile (3).

De nouvelles différences existaient entre la condition du fils et celle de la fille dans la famille, quant à leur exhérédation et à leur capacité.

L'exhérédation du fils n'était régulière que si elle était contenue dans une disposition du testament spéciale et précise. L'usage admettait, au contraire, que l'exhérédation de la fille, comme celle du petit-fils, résultait d'une formule générale aux termes de laquelle le testateur, après avoir institué un héritier, exhérédait toutes autres personnes. L'omission de ces formalités entraînait la nullité du testament lorsqu'il s'agissait du fils, et n'avait d'autre conséquence, lorsqu'il s'agis-

(1) Macrobe, *Saturn.*, I. 6.

(2) Pour obliger son fils à divorcer, le père avait à sa disposition des moyens indirects : l'émanciper en retenant sa femme sous sa puissance, ou, inversement, chasser la femme de sa maison en le conservant chez lui, et enfin le menacer de l'exhérédation.

(3) « Nepote uxorem ducente et filius consentire debet, neptis vero si nubat, voluntas et auctoritas avi sufficiet » (*Dig.*, XXIII. II. 16. § 1).

sait de la fille, que d'attribuer à l'exhérédée irrégulièrement une part de la succession. Ces distinctions peuvent paraître puériles de nos jours, mais elles étaient d'une grande importance dans la Rome antique où le choix et l'institution d'un héritier étaient l'objet des préoccupations de chaque citoyen.

Les personnes placées sous la puissance du chef de famille étaient, on l'a déjà vu, incapables d'acquérir ou de posséder. Tout ce qui leur advenait entrait dans le patrimoine familial. Le père leur accordait parfois la jouissance d'un pécule, mais en conservait la propriété.

Par une faveur exceptionnelle et pour consacrer un usage établi avant son règne, Auguste donna au fils de famille la propriété personnelle de tous les biens acquis par lui au service militaire. Ces biens formèrent le pécule *castrense*. L'empereur Constantin prit, en 321, une décision analogue au sujet des gains et des économies réalisés par ceux qui occupaient un office ou un emploi dans le palais de l'empereur. Plus tard, les rétributions de tous les fonctionnaires et les honoraires des avocats furent aussi compris dans ce nouveau pécule appelé *quasi castrense*. Leur origine suffit à montrer que les filles ne pouvaient posséder des biens de cette nature.

Elles n'étaient capables d'acquérir pour elles-mêmes, et seulement depuis Constantin, que les biens venant de la succession de leur mère. Les fils d'ailleurs eurent aussi le même droit. Enfin sous Justinien, les enfants

eurent la nue-propriété de tout ce qui ne provenait pas de leur père, mais celui-ci en conserva l'administration et la jouissance.

La capacité de contracter des descendants du chef de famille, d'après l'opinion généralement adoptée, différait, suivant leur sexe. Le contrat conclu en son nom personnel par le fils de famille était valable dans tous les cas. Mais, en fait, si le contrat l'avait rendu créancier, le fils ne bénéficiait nullement de la créance qui était acquise à son père ; s'il était devenu débiteur, il demeurait tenu lui-même de l'obligation ainsi formée, et, sa dépendance ayant cessé, était exposé à être poursuivi par le créancier, à moins que le père ne voulût bien reconnaître la dette et la payer. La fille aurait pu, comme tout incapable, faire, en contractant, sa condition meilleure, si la créance par elle acquise n'avait pas, suivant la règle générale, appartenu en fait à son père. Mais l'obligation qu'elle avait contractée en son nom personnel pendant très longtemps n'eut aucune valeur (1).

A l'exception des particularités qui viennent d'être signalées, auxquelles il convient toutefois d'ajouter l'obligation imposée au père, depuis Auguste, de doter sa fille (2), les droits des fils dans la famille n'étaient ni plus

(1) Accarias, *Droit romain*, t. II, p. 47, n. 2 ; Gaïus, manuscrit de Vérone, III, § 104. — En sens contraire : Gide, *Étude sur la condition privée de la femme*, p. 102.

Il n'est pas question ici de la gestion du pécule soumise à des principes différents.

(2) Loi *De maritandis ordinibus*.

nombreux, ni plus étendus que ceux de la fille. Mais il n'en était plus ainsi lorsque la puissance paternelle avait cessé. Le fils, pourvu qu'il fût pubère, devenait indépendant. La fille était placée sous le pouvoir d'un époux, ou, si elle n'était pas mariée, sous celui d'un tuteur.

La condition de la femme mariée différait, suivant que le mariage était ou non accompagné de la *conventio in manum*.

Le mot *manus*, qui exprime l'idée de force, de puissance physique (1), désignait la puissance du mari. Par une cérémonie religieuse (*confarreatio*), un simulacre d'achat (*coemptio*), ou une sorte de prescription d'un an (*usus*), tous les liens qui unissaient la femme à la famille de son père étaient rompus : l'épouse entrait dans la famille de son époux ; elle abandonnait son foyer et le culte de ses ancêtres, pour prendre part, désormais, aux cérémonies domestiques célébrées dans sa nouvelle maison. La puissance paternelle était éteinte et remplacée par la puissance maritale qui lui ressemblait. Aussi les textes disent-ils que la femme *in manu* est pour son mari *loco filiæ*, c'est-à-dire comme la sœur de ses enfants.

Les conséquences de cette assimilation sont faciles à déduire : la femme mariée *cum manu* n'avait guère plus de droit à l'égard de son mari que la fille n'en avait à l'égard de son père.

(1) *Manus* = main. Le sens en est le même dans les expressions *manumissio*, *emancipatio*, *mancipium*, *mancipatio*. Sur la signification du mot *manus*, voir von Jhering, *Esprit du Droit romain*, t. II, p. 157.

Le mariage avec *conventio in manum* fut pratiqué dans les premiers siècles de Rome, mais, plus tard, la *manus* tomba en désuétude. Le divorce, que les premiers Romains avaient ignoré, et l'institution de la dot furent les principales causes de sa disparition.

Lorsque les mœurs permirent de rompre après quelques années, et même quelques mois, l'union matrimoniale, il devint inutile que la femme abandonnât sa famille paternelle pour entrer dans celle de son mari; un divorce, peut-être prochain, rendait ce changement précaire. De plus, la femme *in manu*, considérée comme la fille aînée de son mari, ne pouvait avoir aucun patrimoine; si elle divorçait, tous les biens qu'elle avait apportés ou acquis demeuraient la propriété de son mari. Aussi l'usage s'établit de stipuler, au moment de la célébration des noces, la restitution des biens apportés par la femme. Ce fut l'origine de la dot romaine. Lorsque Rome connut les lois de la Grèce, la constitution d'une dot devint de plus en plus fréquente; nous avons vu qu'elle devint une obligation pour le père de famille. Dès lors, la *manus*, dont les effets principaux étaient précisément le changement de famille de la femme et la concentration de tous les droits entre les mains du mari, déjà auparavant peu à peu délaissée, avait définitivement vécu.

Les justes noces, non accompagnées de la *manus*, ne brisaient pas les liens qui unissaient la femme à sa famille paternelle. Elle restait juridiquement soumise à la puissance de son père: pendant le mariage, c'était pour lui

qu'elle acquérait; pour elle-même, si elle était *sui juris*. Son mari n'était propriétaire que de la dot, mais n'avait aucun droit sur les autres biens, appelés paraphernaux, dont cependant, en fait, l'administration lui était souvent confiée.

Mais que le mariage fût *cum* ou *sine manu*, il établissait entre les époux une communauté d'existence. Suivant la belle définition de Modestin, il était « l'association de deux vies, la mise en commun de tous les intérêts temporels et religieux ». Aussi, dans tous les cas, la femme partageait dans la société le rang de son mari et avait droit au même respect. Les époux se devaient mutuellement secours et assistance. Mais ils étaient inégalement tenus du devoir de fidélité.

L'adultère du mari n'était pas puni. Cette indulgence (1) résultait de la nature du mariage ancien (2); l'infidélité du mari ne fut jamais pour la femme qu'une cause de divorce.

L'adultère de la femme était, au contraire, frappé des peines les plus graves. Son père ou son mari, la surprenant en flagrant délit dans sa maison, pouvaient impunément la mettre à mort, elle et son complice. A l'époque classique, le père ou le mari qui tuaient la femme dans de telles conditions n'étaient plus impunis, mais bénéficiaient seulement d'une excuse. Au siècle d'Auguste, la

(1) Elle s'est transmise partiellement jusque dans notre législation, ainsi qu'on le verra plus loin (ancien art. 230 C. civ.; art. 339 C. pén.). Le droit canonique a, le premier, considéré comme également coupable l'infidélité de chacun des deux époux.

(2) Voir p. 21, n. 1.

loi Julia *De adulteriis* édicta contre la femme adultère la confiscation d'une moitié de la dot et du tiers des autres biens, contre son complice la confiscation d'une partie de son patrimoine, contre tous les deux la relégation dans une île. Constantin les punit de mort ; et enfin, Justinien remplaça cette peine, à l'égard de la femme, par la fustigation et l'emprisonnement dans un monastère.

Ce devoir de fidélité, plus sévère pour l'épouse, se remarquait encore après la mort du mari : la femme était tenue, sous peine d'infamie, de porter le deuil de son époux. Cette obligation n'était pas réciproque.

On voit, par ce qui précède, que l'inégalité juridique de l'homme et de la femme dans la famille romaine, qui déjà s'était manifestée entre le fils et la fille, s'accentue entre l'époux et l'épouse. Cette inégalité devient encore encore plus grande entre le père et la mère.

La nature, les caractères et les conséquences de la puissance paternelle ont été précédemment exposés. Tandis que le père concentrait en ses mains tous les pouvoirs, la mère n'en avait aucun. Ainsi la loi considérait comme inutiles son avis et son consentement lorsqu'il s'agissait du mariage de ses enfants ; lui interdisait d'être leur tutrice après le décès du père, et, à plus forte raison, de leur désigner un tuteur par testament ; lui refusait tout droit à leur succession, à moins qu'elle ne fût mariée *cum manu,* et, dans ce cas, elle était appelée à leur succéder non parce qu'elle était leur mère, mais parce qu'elle était considérée comme leur sœur. Ces rigoureuses et injustes dispositions ne furent modifiées

que très tard : le sénatus-consulte Tertullien, dont on ignore la date exacte, accorda à la mère une part de la succession de ses enfants ; et, en l'année 390 de notre ère, les empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius autorisèrent la veuve à demander la tutelle de ses enfants, dans le cas où ni le père ni la loi ne leur avaient désigné de tuteur, et pourvu qu'elle eût atteint l'âge de vingt-cinq ans. Enfin, dans les *Novelles*, Justinien déféra la tutelle à la mère, sous la seule condition qu'un tuteur n'eût pas été nommé par le testament du père.

Telle était la condition de la femme romaine à l'égard de son père, de son époux et de ses enfants. Quelle était sa situation lorsqu'elle n'était pas placée sous la puissance paternelle ou sous la puissance maritale ?

Dans les premiers siècles de Rome, la femme ne devenait pas alors *sui juris*, mais était mise en tutelle à cause, disent Gaïus et Ulpien, de la légèreté de son esprit, de la faiblesse de son sexe et de son inexpérience des affaires (*levitas animi*, *infirmitas sexûs*, *ignorantia rerum forensium*). Mais l'un de ces deux jurisconsultes est le premier à supposer que ce ne sont là que des prétextes. En réalité, la tutelle perpétuelle du sexe n'était qu'une conséquence de l'infériorité dans laquelle la femme a été maintenue par toutes les législations antiques.

Le tuteur était désigné par celui qui avait la femme en sa puissance, c'est-à-dire par le père ou par le mari. A défaut d'une telle désignation, la tutelle était déférée au parent le plus proche, non pas suivant la

parenté naturelle, mais suivant la parenté civile ou agnation. Elle appartenait par conséquent à l'héritier légitime ; elle était établie en sa faveur et non dans un but de protection pour la prétendue faiblesse féminine. Comme dans toutes les sociétés aristocratiques, le principe de la conservation des biens dans les familles exigeait que la femme ne pût disposer, au préjudice de ses agnats, des biens qui lui appartenaient. Aussi le tuteur légitime, dont l'intérêt était seul en jeu, pouvait-il renoncer à la tutelle et même la céder.

Enfin, en l'absence de tutelle testamentaire ou légitime, le tuteur était nommé par le préteur.

Le pouvoir du tuteur qui, à l'origine, devait être de la même nature que celui du père ou du mari, se modifia peu à peu. Les femmes devinrent capables d'administrer leur patrimoine, seuls les actes les plus importants leur furent interdits sans l'assistance de leur tuteur : tels le mariage, la constitution de dot, la comparution en justice, la *cessio in jure*, l'aliénation d'une *res mancipi*, la libération d'un débiteur par acceptilation, la reconnaissance de dette, le testament, l'affranchissement, l'adition d'hérédité.

Mais lorsque l'organisation familiale perdit sa sévérité et sa rigueur primitives, la tutelle perpétuelle des femmes s'affaiblit en même temps. Souvent le père ou le mari exonéraient presque complètement leur fille ou leur épouse de la tutelle, en leur léguant le droit de choisir un tuteur pour chaque acte qu'elles passeraient ; parfois le préteur contraignait le tuteur à

donner son autorisation. Cette autorisation ne devint plus qu'une banale formalité. Enfin, la tutelle du sexe disparut en même temps que les vieilles institutions aristocratiques. Auguste en avait libéré la femme mère de plusieurs enfants ; Claude abolit la tutelle des agnats, et enfin, au quatrième siècle, la femme *sui juris* a définitivement acquis, au milieu de sa famille, son indépendance.

Les mêmes causes qui avaient placé la femme, à l'égard de ses parents, père, époux, ou autres agnats, dans une étroite dépendance, lui avaient également imposé, au milieu de la société, de nombreuses incapacités.

Les femmes étaient exclues des offices virils, *ne contra pudicitiam sexui congruentem alienis causis se immisceant*. C'est pourquoi elles ne pouvaient recevoir le mandat de diriger un procès, être témoins dans un testament ou dans une mancipation, se livrer à la banque, être, sauf les restrictions déjà vues, tutrices même de leurs enfants, ni nommer un tuteur par testament ; l'adoption leur était également interdite.

De plus, lorsque les mœurs ne suffirent plus à maintenir la femme au foyer domestique, on voulut l'y contraindre par les lois. Afin de mieux assurer sa subordination et de lui enlever, en même temps, toute influence, on l'empêcha de s'enrichir. La source la plus fréquente de la richesse étant l'acquisition des biens par succession, la loi Voconia la rendit inca-

pable de recueillir une succession testamentaire, lorsque la fortune du testateur s'élevait à 100.000 as ; la jurisprudence la priva de ses droits dans la succession légitime de ses agnats autres que ses frères et sœurs (1).

Enfin, lorsque la tutelle perpétuelle du sexe fut tombée en désuétude, la loi romaine refusa encore à la femme la pleine capacité de contracter. Le célèbre sénatus-consulte Velleien annula tout acte par lequel elle s'engageait pour la dette d'autrui.

Ces quelques remarques sur la condition de la femme romaine suffisent pour montrer que le jurisconsulte Papinien, dont l'opinion a été reproduite par les *Pandectes* de Justinien, était encore au-dessous de la vérité lorsqu'il disait : *In multis juris nostri articulis deterior est conditio feminarum quam masculorum* (2).

Nous allons maintenant nous transporter sur la terre de France, et une brève étude de la situation juridique de la femme dans notre ancien droit nous conduira jusques au Code Napoléon.

(1) Accarias, *Droit romain*, t. I, p. 429, n. 1 et n° 423, 2°.
(2) *Dig.*, I. v. 9.

CHAPITRE III

ANCIEN DROIT FRANÇAIS

LA FEMME DANS LE DROIT FÉODAL ET LE DROIT COUTUMIER

Les tribus gauloises, qui peuplaient la Gaule avant la conquête romaine, appartenaient à la branche celtique de la race aryenne. Les principaux caractères de leur organisation familiale nous ont été rapportés par les *Commentaires* de César. Le père gaulois était tout puissant dans sa famille. Il avait droit de vie et de mort sur ses enfants et sur ses femmes : *Viri in uxores sicut in liberos vitæ necisque habent potestatem* (1). Ce passage des *Commentaires* montre que la polygamie était admise en Gaule, mais d'autres parties du même ouvrage permettent de supposer qu'elle n'était pratiquée que par les classes les plus riches. Comme chez tous les peuples où la polygamie est tolérée, la femme était souvent traitée avec dureté. Elle pouvait être mise à la torture comme les esclaves ; à la mort du mari, l'épouse favorite était brûlée sur le même bûcher.

Quelques lignes du livre de César (2) mentionnent un usage gaulois relatif au régime des biens entre époux, dans lequel certains auteurs, dont l'opinion n'a pas prévalu, ont cru trouver l'origine de notre régime

(1) VI, § 19.
(2) VI, § 10.

de communauté. Le mari devait mettre de côté une part de ses propres biens égale en valeur à l'apport de la femme, et, à la dissolution du mariage, l'époux survivant devenait propriétaire de la masse ainsi formée et des revenus accumulés.

Après avoir conquis la Gaule, les Romains y apportèrent leurs mœurs, leur religion, leurs lois et leur langue. Leur influence, d'abord limitée à leurs colonies, s'étendit ensuite de plus en plus. A l'époque des invasions des Barbares, le droit romain avait déjà presque entièrement absorbé les coutumes gauloises. Aussi peut-on dire, malgré d'assez vives controverses, que les institutions des Gaulois n'ont eu aucune part dans la formation de notre législation nationale.

Il n'en est pas de même des institutions apportées sur le sol français par les peuples germaniques (Burgondes, Goths, Francs, etc.) qui commencèrent à pénétrer en Gaule comme colons ou comme soldats à la solde de Rome, et l'envahirent ensuite comme conquérants.

Les Germains descendaient, eux aussi, des anciens Aryens. Leur droit de famille suffirait à le prouver. Les femmes, les enfants, les esclaves étaient chez eux placés sous la puissance, sous le *mundium* (1), du père. Mais les enfants mâles échappaient au pouvoir paternel lorsqu'ils étaient devenus capables de porter les

(1) Le mot *mundium* a la même signification que l'expression romaine de *manus*. *Mundiburnium*, d'où vint *mainbournie*, est synonyme.

armes et de se défendre eux-mêmes ; les filles étaient, au contraire, soumises à une dépendance perpétuelle. De la domination de leur père elles passaient sous celle de leur mari. L'époux achetait le *mundium* sur sa fiancée ; cet achat fut, dans la suite, notamment chez les Francs, et en particulier au mariage de Clovis, considéré comme réalisé par la remise d'un sou et d'un denier.

Le chef de famille, qui exerçait le *mundium* sur des êtres faibles de leur nature, avait en même temps l'obligation de les protéger. Ce devoir de protection à l'égard des femmes et des enfants était aussi imposé par les mœurs à tous les membres d'une même famille. Les liens de la parenté naturelle, très étroits dans les tribus germaines, établissaient entre tous ceux qu'ils unissaient une remarquable solidarité. Les parents de la femme regardaient comme s'adressant à eux-mêmes l'injure qui lui était faite, et en poursuivaient la vengeance et la réparation.

Les coutumes germaniques protégeaient non seulement la personne de la femme mais encore son patrimoine. La somme payée par le mari pour l'achat de l'épouse (*nuptiale pretium*) fut plus tard laissée à à l'épouse elle-même et lui demeura acquise à titre de dot. L'épouse avait également la propriété des biens paternels qu'elle apportait en mariage. Cet apport s'appelait *faderfium*, et le mari n'en avait que la jouissance. Enfin, le patrimoine de la femme était

encore augmenté de ce que son époux lui donnait en vertu de l'institution curieuse du *morgengabe*.

Il était d'usage que le lendemain des noces le nouvel époux fît à sa femme un présent. Ce présent, parfois très important, était le *morgengabe*, ou don du matin. Il était le prix de la virginité, et la veuve remariée ne pouvait y prétendre. Le *morgengabe* était, dans plusieurs tribus germaniques, fixé au quart des biens du mari. La pleine propriété en était acquise à la femme qui, à la dissolution du mariage, le prélevait en même temps que sa dot.

Le *pretium nuptiale* et le *morgengabe* devinrent le douaire de notre ancienne législation.

Tels étaient les droits de l'épouse. Ceux de la mère n'apparaissaient qu'après la mort du père. La mère succédait alors partiellement à la puissance paternelle. La garde et l'éducation des enfants mineurs lui étaient confiées; mais elle devait être, dans les actes juridiques, assistée de son plus proche parent.

En matière successorale, les Germains ne connaissaient que la succession légitime et ignoraient le testament (1). Tout en accordant aux descendants mâles divers privilèges, ils ne déniaient pas à la femme le droit d'hériter de ses parents, mais ils l'excluaient de la succession à la terre patrimoniale. Cette exclusion est généralement contenue dans les lois des tribus d'origine germanique, notamment dans la loi Salique et dans la loi des Ripuaires.

(1) De là vint l'adage : *Heredes gignuntur, non scribuntur.*

On voit que la femme n'était pas, chez les Germains, traitée de la même manière que chez les peuples les plus civilisés de l'antiquité. Dans une société qui ne reconnaissait comme titulaire d'un droit que celui qui était capable de le défendre les armes à la main, il était naturel que la femme ne pût jouir de la pleine capacité civile, mais la cause de son incapacité est ici différente : la femme grecque ou romaine était incapable à cause de sa faiblesse morale, la femme germaine l'était uniquement à cause de sa faiblesse physique (1). Les peuples d'origine germanique reconnaissaient que la femme, qu'ils entouraient de protection à cause de l'insuffisance de ses forces physiques, était, par les qualités morales, égale et parfois supérieure à l'homme. Aussi était-elle l'objet de leur respect et de leur vénération. Ces sentiments de respect et de vénération ont inspiré la chevalerie du Moyen Age et se sont transmis jusque dans les sociétés modernes.

L'influence germanique se répandit surtout dans le Nord de la France. En laissant de côté la législation des pays de droit écrit situés au Sud et qui, après l'époque de la Renaissance, furent définitivement soumis au droit romain modifié cependant au cours de notre histoire, on peut dire que notre ancien droit coutumier provint des éléments apportés sur le sol français par les invasions des Germains, par la législation de Rome que les jurisconsultes firent pénétrer jusque dans les provinces septentrionales, et par le christianisme qui rendit plus douces

(1) Gide, *Etude sur la Condition privée de la femme*, p. 208.

et plus justes les dispositions des lois barbares et romaines et contribua à les unir.

Le travail de fusion entre ces divers éléments, déjà en parti accompli lors de l'établissement de la féodalité, se continua au cours du Moyen Age. Il serait inutile et trop long d'en décrire les progrès et les détails. Voyons-en, quant au sujet qui nous intéresse, les principaux résultats.

Dans la famille française, le principe romain qui avait établi la puissance du père dans son propre intérêt a disparu. Le pouvoir paternel est concédé au chef de famille dans l'intérêt des enfants. C'est ainsi qu'il faut entendre la règle énoncée par Loysel : *Droit de puissance paternelle n'a lieu* (1). En conséquence, les enfants, les filles aussi bien que les fils, échappent à l'autorité paternelle lorsqu'elle est pour eux devenue inutile, c'est-à-dire à leur majorité.

L'âge de la majorité n'était pas le même pour les uns et pour les autres. Pour les fils, la majorité féodale était acquise à vingt et un ans, et la majorité coutumière à quatorze ou quinze, suivant les Coutumes. Les filles parvenaient, en général, à la première de ces deux majorités à quinze ans et atteignaient l'autre dès leur douzième année, parce que, dit la très ancienne Coutume de Bretagne (2), « toutes malices peuvent être plus tôt en femmes qu'en hommes ».

(1) *Institutes coutumières*, I, 1, 37.

(2) Ch. 80.

A partir de la rédaction officielle des Coutumes, l'âge auquel l'enfant devint capable de tous les actes civils fut reculé à vingt-cinq ans. Enfin une majorité spéciale fut exigée pour le mariage, que les fils avant trente ans et les filles avant vingt-cinq ans ne purent contracter sans le consentement de leurs parents.

Mais si, quant à la capacité civile, les fils et les filles étaient placés sur le même rang d'égalité, ils ne jouissaient pas toujours, lorsqu'ils devenaient héritiers, des mêmes privilèges.

A l'époque où les fiefs devinrent patrimoniaux et héréditaires, les femmes ne purent tout d'abord les recueillir par succession. Elles étaient, en effet, exclues de la propriété féodale parce qu'elles ne pouvaient s'acquitter du service militaire qui constituait le premier devoir du vassal envers son suzerain. Cette exclusion de l'héritage féodal ne fut, dans la suite, maintenue à leur égard que lorsqu'elles se trouvaient en présence d'héritiers mâles du même degré; il fut admis, au contraire, surtout à partir du XII[e] siècle et probablement à la suite des Croisades où succombèrent un grand nombre de fils de seigneurs, que, si le vassal mourait ne laissant qu'une fille, le fief ne pouvait être repris par le suzerain, mais serait dévolu à l'orpheline, à condition que son futur époux en accomplirait les charges.

Tant que la jeune héritière, qui portait le nom de *dame de fief*, n'était pas parvenue à la majorité féodale dont l'âge coïncidait pour elle avec celui de la nubilité, le suzerain, privé des services féodaux, se réservait en

compensation la jouissance du fief (1). Mais lorsque la jeune fille avait atteint douze ans accomplis, le seigneur, intéressé à choisir lui-même son vassal, avait le droit de la « semondre » et de lui imposer un mari. Inversement, la dame de fief, suivant les *Assises de Jérusalem*, après avoir vainement demandé à son suzerain de lui présenter trois barons entre lesquels s'exercerait son choix, pouvait se marier à son gré sans « méfaire ».

Cette obligation de mariage, que les seigneurs, vendant parfois la main de leur vassale, transformèrent en odieuse persécution, était pour l'héritère du fief une charge dont elle ne pouvait s'exonérer qu'en abandonnant ses droits. Aussi, lorsque le fief eut complètement perdu son caractère primitif de concession personnelle pour devenir une propriété territoriale, la dame de fief ne put plus être dépouillée de son héritage. Elle se montra impunément rebelle aux volontés de son suzerain et fut dès lors affranchie de sa tutelle.

Tandis que la fille unique, héritière d'un fief, parvenait à l'indépendance, le principe de l'exclusion des filles, en présence d'héritiers mâles dans les successions féodales, recevait, dans les différentes Coutumes, de nombreuses modifications.

Le frère, recueillant seul le fief, eut d'abord l'obligation d'indemniser sa sœur, en lui procurant un

(1) Il en était de même lorsque l'héritier du fief était un fils mineur. Dans tous les cas, le seigneur pouvait concéder cette jouissance à une autre personne. En fait, le fief était souvent confié au plus proche parent du mineur ou de la mineure. Telle fut l'origine de la garde noble.

« mariage avenant », c'est-à-dire en lui donnant une dot convenable. Quand la tenure en parage permit indirectement de ne plus attribuer à l'aîné seul des fils la totalité du fief, mais de le diviser entre les héritiers, les sœurs purent en recevoir une part en même temps que les puînés. Enfin la propriété féodale devint directement et ouvertement divisible ; le fils aîné ne jouit plus alors à l'égard de ses cohéritiers que de certains avantages attachés au droit d'aînesse, et, à l'égard des filles, d'un privilège de masculinité très souvent diminué.

Ce ne fut que dans de rares Coutumes que le privilège de masculinité conserva, du moins dans les successions en ligne directe, son ancienne rigueur. Les unes adoptèrent le partage égal entre les deux sexes, sauf toutefois le droit d'aînesse que les filles le plus souvent ne pouvaient exercer ; d'autres n'accordèrent à la fille qu'une part inférieure à celle d'un enfant puîné. Mais, dans les successions collatérales, le privilège de masculinité fut généralement maintenu, et dans presque tous les pays coutumiers fut appliqué le principe qu'en pareil degré « le mâle forclôt la femelle ».

Les droits successoraux dont il vient d'être question n'appartenaient à la femme que si elle était restée dans la maison paternelle. Si elle était établie, elle n'était admise au partage qu'à la condition de rapporter ce qu'elle avait reçu en se mariant, et seulement dans le cas où, en recevant sa dot, elle n'avait pas renoncé à la succession de ses parents.

Quelques Coutumes étaient plus sévères. Elles considéraient la fille mariée comme n'ayant plus aucun droit au patrimoine de sa famille dès qu'elle avait été dotée, n'eût-ce été que d'un « chapel de roses ».

A côté des successions nobles, il faut maintenant placer les successions roturières et bourgeoises. Les règles naturelles de l'égalité ne sont plus ici contrariées ni modifiées par les exigences féodales. Suivant les *Établissements de saint Louis,* tous les enfants d'un roturier, fils ou filles, aînés ou puînés, ont un droit égal à tous les biens du père et de la mère. L'un d'entre eux ne peut même pas être avantagé aux dépens des autres, et, s'il a reçu quelque avantage, ses cohéritiers ont le droit de l'obliger à le rapporter à la masse de la succession : « Vous avez eu trop grande partie, venez fréragier avec nous, et si nous faites droit retour. »

Le partage égal fut aussi la loi première des successions bourgeoises. Mais lorsque roturiers et bourgeois purent posséder des fiefs, ils voulurent imiter la noblesse. Le désir de conserver les biens dans leurs familles et de « rehausser la splendeur du nom » leur fit admettre le partage noble pour les biens d'origine féodale ; l'égalité ne fut maintenue que pour le partage des biens d'origine bourgeoise ou roturière, mais s'étendit au cas où de tels biens devaient être répartis entre les membres d'une famille noble.

Toutes les inégalités successorales disparurent dans la nuit du 4 août 1789 ; les décrets des 15 mars 1790 et 8 avril 1791 consacrèrent le principe de l'égalité entre tous les enfants d'une même famille.

Ainsi, dans sa famille paternelle, la femme est devenue l'égale de l'homme. Un tel progrès ne se retrouve plus dans les Coutumes et les lois qui régissaient, soit quant à la personne, soit quant aux biens, soit quant à la capacité, la condition de la femme à l'égard de son mari.

Le mariage imposait aux deux époux l'obligation réciproque de secours, d'assistance et de fidélité. Mais le mari jouissait de privilèges qui rappellent ceux qu'avaient admis les législations antiques. Il pouvait demander la séparation d'habitation pour cause d'adultère de la femme, tuer impunément l'épouse coupable surprise en flagrant délit, la faire enfermer pour la vie dans un couvent. La femme n'avait pas même le droit d'intenter l'action en séparation pour cause d'adultère de son époux. Cette différence provenait non seulement de ce que l'adultère de l'épouse était considéré comme plus contraire au bon ordre de la société, mais encore de ce que, dit Pothier (1), « il n'appartient pas à la femme, qui est une inférieure, d'avoir inspection sur la conduite du mari qui est son supérieur. »

(1) *Traités du Contrat de mariage et de la Puissance du mari*, VI[e] part. : *De la séparation d'hab.*, n° 516.

Afin d'obtenir de sa femme l'obéissance qu'elle lui devait en échange de sa protection, le mari usait parfois envers elle du droit de correction. Nos anciennes Coutumes lui laissaient, à cet égard, une assez grande liberté. « En plusieurs cas, disait Beaumanoir, peuvent les hommes être excusés des griefs qu'ils font à leur femme, ni ne s'en doit la justice entremettre, car il « loit » (*licet*) bien à l'homme à battre sa femme sans mort et sans mehaing, quand elle le meffait, si comme quand elle est en voie de faire folie de son corps, ou quand elle dément son mari, ou maudit, ou quand elle ne veut obéir à ses raisonnables commandements que prude femme doit faire ; en tous tels cas et en semblables, est-il bien mestier que le mari châtie sa femme raisonnablement... » (1). La Coutume de Bergerac s'exprimait de la même manière et considérait aussi comme ne dépassant pas les limites permises la correction maritale qui n'entraînait ni la mort, ni la fracture d'aucun membre.

Il est vrai que le mari était, en compensation, civilement responsable des délits que sa femme avait pu commettre parce qu'il devait l'empêcher de mal agir et la châtier (2).

« Bail » de la personne de sa femme, le mari l'était également de ses biens. A ce titre, il gérait

(1) Cité par Laboulaye, *Recherches sur la condition civile et politique des femmes*, p. 388.

(2) « Quia maritus retinere et castigare uxorem debet », dit d'Argentré sur l'*Ancienne Coutume de Bretagne*, art. 423, gl. 2, n° 5. — V. *Nouv. Cout. de Normandie*, art. 544.

seul le patrimoine conjugal et en percevait les revenus. Seigneur et maître de la communauté, il disposait à son gré et sans avoir à rendre aucun compte de ses actes, des biens qui la composaient. Il pouvait, selon nos anciens auteurs, « les boire et les manger ». Tels étaient, brièvement résumés, les droits de l'époux dans la communauté qui, née dans les humbles familles de serfs aux premiers temps du Moyen Age, devint le seul régime nuptial de nos pays coutumiers et a, plus tard, été adoptée par notre Code civil.

La suprématie du mari pouvait avoir sur la fortune de la femme de funestes conséquences. A sa mort, la veuve, qui avait peut-être à sa charge des enfants issus du mariage, était exposée à se trouver sans ressources. D'autre part, l'épouse, à qui appartenait une partie du patrimoine commun, était également obligée, après la dissolution de l'association conjugale, à une partie des dettes, et les dettes pouvaient en dépasser l'actif. Aussi les Coutumes, qui n'admettaient pas la femme à critiquer les actes du chef de la communauté, exigeaient son consentement pour l'aliénation de ses immeubles propres, grevaient en sa faveur du droit de douaire les biens personnels du mari, et lui permettaient, au moins depuis les Croisades, de s'affranchir des dettes en renonçant à la communauté.

De la puissance maritale résultait encore l'incapacité de la femme dans la vie civile. L'autorité de

l'époux aurait été méconnue, si l'épouse avait pu, sans qu'il l'y eût autorisée, contracter une obligation, donner, aliéner, disposer, ester en justice. La nécessité du consentement marital ne fut d'abord qu'un hommage rendu à la puissance du mari, puisque lui seul pouvait, à l'origine, faire annuler l'acte irrégulier ; elle n'eut point pour cause première la faiblesse naturelle de la femme, puisque, fille ou veuve, celle-ci possédait sa pleine capacité. L'influence du droit romain apporta en cette matière un élément nouveau, et, en pénétrant dans nos Coutumes, fit de plus considérer l'acte auquel avait manqué l'assentiment du mari comme accompli par une mineure inexpérimentée, sans l'assistance et sans la protection de son tuteur ; dès lors, les époux purent se prévaloir tous deux du défaut d'autorisation.

Ces principes sur l'incapacité de la femme mariée furent communs à toutes les classes de l'ancienne société française et sont encore appliqués par nos lois matrimoniales.

Les droits de la mère à l'égard des enfants étaient autrefois analogues à ceux que lui reconnaît la législation moderne. La puissance paternelle était, pendant le mariage, et sauf les cas de folie ou d'absence, exercée par le père seul. A la mort du père, elle passait définitivement entre les mains de la mère. De plus, la veuve pouvait obtenir la tutelle de ses enfants et bénéficiait du droit de garde. En qualité de gardienne des mineurs, elle avait la jouissance de leurs biens, mais

devait payer leurs dettes et subvenir à leur entretien et à leur éducation. Le droit de garde du père et de la mère a été transformé par le Code civil en usufruit légal.

En dehors du domaine de la famille, les droits de la femme ont été, au cours de notre histoire, modifiés dans les sens les plus divers. En lui déniant d'abord la possession des fiefs, la féodalité avait renfermé son activité dans la maison paternelle ou conjugale. Lorsqu'il lui fut permis, suivant l'expression de l'époque, « de porter elle-même son fief », la femme noble eut entre les mains tous les pouvoirs attachés à la souveraineté; elle eut le droit de recevoir l'hommage de ses vassaux, de battre monnaie, de lever des troupes, de siéger dans les cours féodales, d'avoir « juridiction, procuration et ayocation ». Dans les classes roturière et bourgeoise, la femme put comparaître et représenter les tiers en justice, être choisie comme arbitre, témoigner devant toutes les juridictions, exercer le commerce, se porter caution et garantir la dette d'autrui.

Mais avec le droit romain de nouvelles idées moins libérales pénétrèrent dans nos Coutumes, et l'antique théorie qui interdisait à la femme les offices virils à cause de la faiblesse de son esprit et de son inexpérience naturelle apparut dans notre législation. « La loi, dit Bodin (1), a défendu à la femme toutes les charges et offices propres aux hommes, comme de juger, postuler, et autres choses semblables, non pas seulement par

(1) *De la Rép.*, VI, v, p. 735.

faute de prudence, mais d'autant que les actions viriles sont contraires au sexe, à la pudeur et à la pudicité féminines. » Cette doctrine entra également dans les mœurs qui adoptèrent et mirent en pratique le vieil adage : « Femme si doit garder l'hôtel, le feu et les enfants. »

DEUXIÈME PARTIE

LÉGISLATION CONTEMPORAINE

DEUXIÈME PARTIE

LÉGISLATION CONTEMPORAINE

CHAPITRE PREMIER

LA FEMME ET SA FAMILLE PATERNELLE

LE FILS ET LA FILLE A L'ÉGARD DE LEURS PARENTS

A l'égard de ses parents, la femme est l'égale de l'homme. Le fils et la fille sont également soumis à la puissance paternelle, ont les mêmes droits successoraux, peuvent être émancipés à partir du même âge et jouissent d'une semblable capacité.

Ce principe reçoit cependant une double dérogation en matière de mariage : « L'homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant quinze ans révolus, ne peuvent contracter mariage. » (Art. 144 C. civ.) — « Le fils qui n'a pas atteint l'âge de vingt-cinq ans accomplis, la fille qui n'a pas atteint l'âge de vingt et un ans accomplis, ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère. » (Art. 148 C. civ.)

Les lois de la nature justifient suffisamment la faculté que le Code laisse aux filles de contracter mariage à un

âge plus précoce. Mais ce n'est pas sans réserves que l'on peut approuver la disposition légale qui recule jusques à vingt-cinq ans la majorité matrimoniale des fils de famille.

La liberté qu'ont les filles d'être de meilleure heure les arbitres de leur propre sort est d'autant moins dangereuse, a-t-on dit (1), qu'elles acquièrent d'assez bonne heure les qualités de discernement nécessaires pour se bien guider. C'est là une explication qui n'a rien de commun avec l'antique théorie de l'inexpérience du sexe. Et si les fils n'acquièrent que plus tard ces qualités de discernement, pourquoi leur permettre, quand ils n'ont plus d'ascendants, de se passer, dès l'âge de vingt et un ans, de tout conseil protecteur ?

On a dit encore que les jeunes gens passaient moins vite que les jeunes filles, et qu'ils tenaient plus à la famille que les filles puisqu'ils en conservaient et perpétuaient le nom (2). Ces motifs, quoique plus sérieux, ne peuvent que difficilement faire admettre une exception à l'égalité des droits du fils et de la fille dans la famille paternelle.

La comparaison des droits de la femme à ceux de l'homme à l'égard de leurs parents n'offre, en dehors des articles du Code qui viennent d'être cités, aucune particularité digne d'être signalée.

(1) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Droit civil : Des Personnes*, t. II, n° 1454.

(2) Demolombe, *Cours de Code civil*, t. III, n° 37.

CHAPITRE II

LA FEMME A L'ÉGARD DE SON MARI

I. — DE L'AUTORITÉ MARITALE EN GÉNÉRAL

Cause de l'autorité maritale, son caractère exceptionnel. — La condition de la femme mariée est l'objet des critiques unanimes des féministes. Les femmes demandent l'égalité à l'égard du mari. Le mariage, disent-elles, est actuellement une monarchie. Elles veulent en faire une république (1).

Cette égalité leur a, en effet, été refusée par le Code. L'article 213 établit le principe de la subordination de l'épouse à l'époux : « Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari. »

Pouquoi cette soumission de la femme à l'homme ?

A cette question, je laisserai répondre les principaux commentateurs du Code civil.

« On a longtemps discuté, dit Portalis, sur la préférence ou l'égalité des deux sexes. Rien de plus vain que ces disputes (2). » Et plus loin : « Ce ne sont point les lois, c'est la nature même qui a fait le lot de chacun des deux sexes. La femme a besoin de protection, parce qu'elle est

(1) Congrès de la Condition et des Droits des femmes (*La Fronde*, 10 septembre 1900, et *Compte-rendu des Travaux*, p. 207 et suiv.).

(2) Fenet, *Travaux préparatoires du Code civil* : Exposé des motifs du Titre V, livre I, du Code civ., t. IX, p. 177.

plus faible ; l'homme est plus libre, parce qu'il est plus fort. La prééminence de l'homme est indiquée par la constitution même de son être qui ne l'assujettit pas à autant de besoins, et qui lui garantit plus d'indépendance pour l'usage de son temps et pour l'exercice de ses facultés. Cette prééminence est la source du pouvoir de protection que le projet de loi reconnaît dans le mari.

« L'obéissance de la femme est un hommage rendu au pouvoir qui la protège et elle est une suite nécessaire de la société conjugale qui ne pourrait subsister si l'un des époux n'était subordonné à l'autre. »

— « C'est la nature elle-même qui désigne le mari comme chef de la société conjugale ; et la loi, pour organiser dans la famille la hiérarchie et la discipline, n'a eu qu'à reconnaître cette prééminence (1). »

Portalis existait à l'époque de Napoléon, et Demolombe écrivait sous le règne de Louis-Philippe. Nous allons maintenant entendre des auteurs plus modernes, et par conséquent moins autoritaires :

« Le mariage est une société, dit M. Laurent (2). Dans les sociétés ordinaires, les associés sont égaux ; il n'en est pas de même de la société conjugale. En se mariant, la femme tombe sous la puissance du mari. Le Code Napoléon ne prononce pas le mot de puissance maritale, mais il consacre la chose. Le principe qui régit les rapports des époux est donc le principe de l'inégalité....

(1) Demolombe, *op. cit.*, t. IV, n° 86.
(2) *Droit civil français*, t. III, n° 82.

« Sans doute, il y a entre l'homme et la femme des différences, mais n'y en a-t il pas entre les hommes aussi ? Cela n'a pas empêché la Révolution de proclamer leur égalité. »

Après avoir formulé ces critiques, le même auteur ajoute, à propos de l'autorisation maritale : « La femme mariée n'est plus dans la position où elle se trouvait étant fille ; elle ne peut faire aucun acte juridique qui ne réagisse sur ses enfants, sur son mari ; ainsi les actes qu'elle est dans le cas de faire intéressent toute la famille. Dès lors, ne faut-il pas que le chef de la famille intervienne pour la garantie des intérêts communs ? »

L'opinion de M. Huc se rapproche de celle de M. Laurent : « Le législateur, pour déterminer l'étendue des droits et des devoirs dérivant du mariage, aurait dû prendre pour base l'égalité incontestable qui existe entre l'homme et la femme. Personne aujourd'hui n'oserait sérieusement alléguer ce qu'on appelait autrefois la fragilité, la faiblesse, l'inexpérience du sexe. Aussi faut-il reconnaître que si la femme est encore soumise, dans les actes civils, au contrôle du mari, ce n'est plus dans le but de protéger sa faiblesse et son inexpérience, mais uniquement pour assurer, par l'unité de direction, la bonne administration du ménage (1). »

« Le législateur s'est laissé influencer par les vieilles traditions sur la prétendue infériorité de la femme. La vérité est que les deux époux se doivent une mutuelle

(1) Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. II, n° 230.

déférence ; quant à la protection, elle est due par celui des deux qui se trouve en situation de l'accorder à l'autre. Mais on ne voit pas quelle serait la base de l'obéissance que la femme devrait au mari. D'où le législateur aurait-il tiré le droit de prétendre soumettre l'un des époux à la nécessité d'obéir à l'autre ?

« Tout ce que l'on peut dire, c'est que les affaires intéressant le ménage commun doivent être délibérées entre les époux comme entre deux associés ayant des droits égaux ; et que, dans le cas de dissentiment, l'opinion de l'un devant être prépondérante pour qu'une décision soit prise, le mari est investi de cette prérogative (1). »

En résumé, la plupart des auteurs donnent comme motif de la suprématie du mari, la nécessité d'assurer dans la société conjugale l'unité de direction.

A mon avis, il convient d'examiner la question de plus haut.

D'après le droit naturel, deux personnes humaines ont des droits et des devoirs égaux. Il est peu sérieux de prétendre que la femme, au jour du mariage, devient une mineure qui doit être placée sous la tutelle maritale *propter imperitiam sexûs et fragilitatem animi*. Le Code considère la femme non mariée comme ayant les mêmes droits que l'homme. Le mariage émancipe, et l'une de ses principales conséquences serait de priver l'épouse de la plus grande partie de la liberté et de la

(1) Huc, *op. cit.*, t. II, n° 233.

capacité qu'elle possédait comme fille, et cela sous le prétexte de son inexpérience naturelle !

Mais il est un cas, et il n'en existe qu'un, où les droits d'une personne doivent être modifiés, restreints et même paralysés : lorsque l'ordre public l'exige, l'intérêt particulier s'efface devant l'intérêt général et social.

De ce principe, il résulte que la femme mariée doit jouir des mêmes droits que son mari, à moins que l'intérêt social ne s'y oppose. La question revient donc à celle-ci : « L'intérêt de la société exige-t-il que l'épouse ne puisse être l'égale de l'époux ? »

Il faut remarquer que l'intérêt de la famille se confond avec celui de la société. La famille est le premier groupe social ; suivant l'expression de Portalis, elle est la pépinière de l'État, et c'est le mariage qui forme les familles. La question, complétée en conséquence, se posera de la manière suivante :

« L'intérêt de la société ou de la famille exige-t-il que l'épouse ne puisse être l'égale de l'époux ? »

La règle générale étant que deux personnes humaines ont des droits égaux, si l'on admet que la femme doit être, dans certaines circonstances, au nom de l'ordre public, non égale, mais inférieure à l'homme, cette infériorité sera exceptionnelle, et devra, comme toutes les exceptions, être restrictivement interprétée, *exceptio est strictissimæ interpretationis*. De plus, en dehors des circonstances qui auront motivé cette exception, la règle générale reprendra tout son empire.

A la question ainsi posée, le Code répond implicitement par la voix de ses commentateurs, ce que disaient aussi nos anciennes Coutumes : L'intérêt de la société et celui de la famille exigent que dans l'association conjugale existe l'unité de direction, et l'unité de direction ne peut être assurée que par la prééminence de l'un des époux. La bonne administration du ménage veut que le mariage soit une monarchie, non une république. Et le monarque c'est le mari. Le droit particulier de la femme doit, en conséquence, s'effacer devant le droit général de la société et de la famille.

Étant admis, ce qui n'a pas besoin d'être démontré, que le bon ordre dans la famille intéresse la société, voyons d'abord si le bon ordre familial dépend de l'unité de direction, et si cette unité ne peut être obtenue que par la prééminence de l'un des deux conjoints.

Assurément, si les deux époux devaient toujours s'accorder dans le gouvernement du ménage, on ne pourrait soutenir que ce gouvernement doive être maintenu entre les mains d'un seul. Deux personnes étant d'accord, aucune d'elles n'obéit à l'autre. On n'obéit, en effet, à autrui que lorsqu'on subit sa volonté. Dans ce cas, le problème de l'obéissance de la femme ne se poserait même pas.

Mais l'accord parfait est presque impossible. Et dès la première divergence d'opinion dans le gouvernement familial, qu'arrivera-t-il ? Si le mariage doit être une république, les époux étant des égaux, c'est la majorité qui devra décider. Mais les intéressés ne sont que

deux, et chacun d'un avis contraire, comment la majorité peut-elle s'établir ?

M. Laurent pense qu'en pareil cas les tribunaux devraient trancher le différend. Les juges interviennent dans une société ordinaire lorsque les associés sont en désaccord. Ils interviendraient de même dans l'association conjugale et départageraient les deux conjoints.

M. Huc répond justement que « si le recours aux tribunaux, qui existe déjà pour les cas les plus graves, pouvait se produire dans tous les cas de désaccord, la famille serait en réalité dirigée par l'autorité chargée de statuer sur ce recours. A chaque dissentiment, l'un des époux menacerait l'autre d'en appeler à cette autorité. Quelle serait ensuite la disposition d'esprit du conjoint convaincu par jugement et arrêt d'avoir eu tort dans tel cas déterminé (1) ? »

A quoi l'on peut ajouter que lorsque les tribunaux interviennent dans une société, cette intervention en accompagne ou en provoque souvent la dissolution. Or, l'association conjugale étant une société extraordinaire, « exorbitant du droit commun », qui intéresse la société, il ne convient pas d'exposer, pour un désaccord souvent momentané, le mariage à une dissolution anticipée.

Un pouvoir étranger ne peut donc à chaque instant s'immiscer dans le gouvernement de la famille. Il en résulte qu'il est nécessaire que l'un des deux époux ait

(1) Huc, *op. cit.*, t. II, n° 234.

la prééminence sur l'autre. Ainsi nous arrivons à cette conclusion qu'il faut un chef au ménage, et que, contrairement aux prétentions des féministes avancés, le mariage ne peut qu'être une monarchie, non une république.

Il reste à savoir, qui de l'homme ou de la femme, doit être le chef du ménage.

Et d'abord convient-il de donner aux époux la faculté de désigner eux-mêmes, avant le mariage, qui, de l'homme ou de la femme, devra diriger l'association commune : en d'autres termes, l'article 1388, qui interdit aux époux « de déroger aux droits résultant de la puissance maritale ou qui appartiennent au mari comme chef », doit-il être aboli ?

On ne saurait sur ce point qu'adopter l'opinion que l'un des professeurs de nos Facultés de droit a spirituellement exposée : « Y a-t-il donc avantage à n'admettre la subordination d'un époux à l'autre, dans le gouvernement des intérêts pécuniaires qu'autant qu'elle sera contractuelle, c'est-à-dire volontaire ? Aucun. Voyez-vous des fiancés discutant leurs attributions hiérarchiques et leurs droits de prééminence avant d'entrer en ménage ? Quelle pomme de discorde ou quel marché de dupe (1) ! »

Puisqu'il faut qu'un chef soit donné au ménage, je pense que la loi a sagement agi en désignant à cet effet le mari. C'était la solution qu'indiquait la tradition ; c'était celle qu'avaient adoptée les législateurs d'autrefois, et c'est encore celle que reconnaissent les

(1) Turgeon, *Le Féminisme français*, t. II, p. 167.

diverses législations contemporaines. Il est difficile d'admettre que, dans une matière aussi universelle, la même erreur ait été commise par les législateurs de tous les temps et de tous les pays.

La direction du ménage doit être confiée à celui des époux qui est le plus capable d'activité et de volonté, et il est incontestable que la femme veut moins fermement que l'homme, qu'elle possède moins d'esprit de suite, qu'elle se laisse plus facilement dominer. Le choix de l'époux comme chef est donc indiqué, ainsi que le disait Portalis, par la constitution même de son être.

C'est aussi l'opinion de l'un des jurisconsultes les plus favorables au féminisme. Mais il arrive à la même solution par une voie différente : « N'est-il pas simple, dit-il, d'assimiler le mari à un administrateur statutaire, en lui appliquant l'article 1856 du Code... ? Il n'est pas contraire au droit de la femme de présumer qu'une semblable convention est implicitement contenue dans la société spéciale qu'on appelle le mariage, et il faut bien ici procéder par voie de présomption puisqu'il s'agit d'établir une règle générale pour tous les mariages. Nous admettons donc l'assimition du mariage à une société ordinaire, mais à une société ayant à sa tête un administrateur investi par le pacte social du droit d'agir seul (1). »

(1) Huc, *op. cit.*, t. II, n° 234.

Comme conclusion l'on doit admettre l'inégalité prescrite par l'article 213.

Mais par cela seul, ainsi que cela a été dit, que cet article impose à la femme une situation exceptionnelle, la règle de l'égalité devra être appliquée lorsque l'intérêt du ménage ne sera plus en cause, à plus forte raison lorsque cet intérêt exigera que la direction de la famille passe entre les mains de la femme.

Absence, interdiction, indignité du mari. — En conséquence, lorsque l'époux est dans l'impossibilité d'exercer les fonctions de chef de la société conjugale (absence, interdiction mentale, même minorité), ou s'il en est indigne, ses pouvoirs devraient passer intégralement entre les mains de l'épouse.

En cas d'absence, la femme peut opter pour la continuation de la communauté ; elle administre alors les biens communs (arg. art. 124). Ce n'est pas suffisant. Elle devrait avoir, à l'égard de ces biens, les mêmes droits que son mari (1) ; elle les possède d'ailleurs déjà quant à l'éducation des enfants et quant à l'administration de leur patrimoine (art. 141). De plus, la femme devrait être, en cas d'absence du mari, affranchie, soit pour ester en jugement, soit pour contracter, de toute autorisation de justice. L'unité dans la direction du ménage n'exige plus ici l'inégalité entre les époux.

(1) Sauf à supprimer le dernier paragraphe de l'art. 124.

De même, en cas d'interdiction. Actuellement, si la femme est tutrice de l'interdit, elle administre au nom du mari et n'a que les seuls pouvoirs de tutrice. De plus, et c'est là une anomalie singulière, libre d'agir, dans les limites de sa tutelle, sans autorisation de justice pour le compte de son mari et de la communauté, elle sera obligée de recourir à cette autorisation en ce qui la concerne elle-même. Sa condition sera plus compliquée encore si la tutelle de l'interdit est confiée à une autre personne. C'est pourquoi, lorsque l'époux est interdit, la conséquence qui découle du principe que j'ai posé, à savoir le droit pour la femme de gouverner la famille avec les mêmes pouvoirs que l'homme, et aussi de se gouverner elle-même, ne peut qu'être approuvée.

Il faut encore aller plus loin et décider qu'en cas d'indignité le mari devra être déchu de la puissance maritale. Déjà, lorsqu'il a été frappé d'une peine afflictive ou infamante, la loi le prive du droit d'autoriser sa femme pendant la durée de la peine (1). C'est là une simple restriction apportée à la puissance maritale. La loi du 24 juillet 1889 déclare

(1) Lorsque le mari est absent, interdit, mineur ou condamné, il est des actes qu'il est impossible à la femme d'accomplir même avec l'autorisation de la justice, tels la compromission, l'acceptation des fonctions d'exécuteur testamentaire, le contrat de société, l'aliénation de la pleine propriété de ses immeubles dotaux pour l'établissement des enfants, le choix et l'exercice d'une profession, la profession commerciale par exemple, le louage de services. Cependant quelques auteurs ne sont pas, sur ces deux derniers points, très absolus. Quant à la jurisprudence, elle se montre aussi indulgente que possible. Cela suffirait à prouver que la loi n'est pas ici d'accord avec les mœurs.

déchu de la puissance paternelle le père indigne ; pourquoi le mari indigne ne serait-il pas, au nom de l'intérêt social, déchu de ses pouvoirs ? Sans avoir été atteint par la loi pénale, l'époux a déserté le foyer, laissé la famille sans ressources, il entretient peut-être un second ménage. En de telles éventualités, la femme n'a d'autre alternative que de demander le divorce et la séparation, ou de rester soumise à celui qui l'a trahie. Ne vaudrait-il pas mieux, et pour elle-même et pour la conservation du patrimoine des enfants, lui permettre de faire prononcer, par les tribunaux, la déchéance du chef de famille indigne et se faire confier à elle-même les droits qu'elle est, plus que lui, capable d'exercer (1) ?

En résumé, le mari n'étant pas dans l'impossibilité de diriger le ménage et n'en étant pas indigne, il convient de reconnaître sa prééminence comme nécessaire et juste. Ce n'est cependant pas un motif suffisant pour accepter comme indiscutables les différences juridiques qui séparent, dans notre législation, les deux époux, qu'il s'agisse de leurs droits et de leurs devoirs personnels, de leurs biens, de leur capacité civile et de leurs rapports juridiques avec leurs enfants.

(1) Cf. Cauwès, *De la Protection des intérêts économiques de la femme mariée*, p. 19 et 20.

II. — DES DROITS ET DES DEVOIRS PERSONNELS DES ÉPOUX

Droit et devoir de cohabitation. — De la prééminence maritale la loi tire elle-même une première déduction : « La femme est obligée d'habiter avec le mari et de le suivre partout où il juge à propos de résider. »

Le mariage entraîne naturellement une vie commune, et, puisqu'il faut un domicile unique, le chef du ménage doit avoir le prilège de le choisir.

On a remarqué, à cette occasion, que les rédacteurs du Code, ayant à exprimer cette idée bien simple, qu'il appartenait à l'époux de déterminer le siège de la résidence commune, ont employé une formule des plus désobligeantes pour la femme, trahissant l'intention de rabaisser sa dignité. Elle est « obligée de suivre » le mari qui « juge à propos » de se fixer quelque part (1).

Cette remarque ne saurait avoir une bien grande importance, puisqu'elle ne touche qu'à la forme ; elle montre seulement qu'en cette matière, comme en plusieurs autres, le Code reflète l'esprit autoritaire de celui qui lui a donné son nom.

Le devoir de cohabitation est réciproque ; le mari est, en effet, obligé de recevoir la femme chez lui.

Si l'un des conjoints ne se soumet pas au devoir de cohabitation, l'autre dispose de l'action en divorce ou en séparation. Mais il a la faculté de ne pas en user.

(1) Huc, *op. cit.*, t. II, n° 235.

Pour contraindre la femme récalcitrante, le mari a le droit de lui refuser tout subside. De son côté, la femme qui a conservé en totalité ou en partie la jouissance de ses biens personnels peut refuser au mari qui ne veut pas la recevoir tout secours et toute contribution pécuniaire.

Mais lorsque le mari ou la femme, soit en vertu de leurs conventions nuptiales, soit grâce au concours de leurs parents qui souvent se mêlent à leur querelle, possèdent des ressources qui leur permettent d'être matériellement indépendants l'un de l'autre, les moyens financiers de coercition deviennent insuffisants. Tout au plus pourront-ils se faire respectivement condamner à des dommages-intérêts pour chaque jour de retard. Cette dernière solution a été admise par plusieurs auteurs et par quelques décisions de jurisprudence, en faveur du mari et à l'encontre de la femme. Il n'existe aucune raison pour ne pas l'admettre également en faveur de la femme et à l'égard du mari.

Enfin, il a été décidé que le mari peut, avec l'autorisation du juge, employer la force publique pour ramener au foyer l'épouse fugitive. En supposant que ce procédé soit efficace, et que celle-ci, reconduite au domicile conjugal entre deux gendarmes, ne prenne pas de nouveau la fuite quelques moments après leur départ, une juste réciprocité veut que le mari qui, demeurant dans l'appartement commun, en refuse l'accès à sa femme, soit contraint *manu militari* à l'y recevoir ; et que le même moyen de coercition physique soit employé

pour lui faire réintégrer le domicile conjugal s'il l'avait abandonné sans le transporter ailleurs. Cette opinion n'a cependant pas été adoptée dans la seconde hypothèse, quoiqu'elle l'ait parfois été dans la première.

Droit et devoir d'entretien, de secours, d'assistance. — Habitant avec le mari, la femme doit recevoir de lui, dit encore l'article 214, tout ce qui est nécessaire aux besoins de la vie, selon ses facultés et son état. La loi n'a pas édicté formellement la mutualité de ce droit. Elle existe cependant en fait. S'il a la jouissance des biens de la femme, le chef de famille saura se payer de ses propres mains ; s'il ne peut le faire directement, les articles 1448, 1537 et 1575, qui obligent la femme à contribuer aux dépenses du ménage, lui permettent d'atteindre indirectement un résultat analogue. Même lorsqu'elle n'a aucune fortune, l'épouse est tenue de toutes les prestations qui ont le caractère de secours ou d'assistance (art. 212) et de celles qui ont pour objet l'entretien et l'éducation des enfants (art. 203). Il faut en conclure que, dans les ménages pauvres, bien rares seront les circonstances où la femme sera, à la différence du mari et malgré la disposition finale de notre article, dispensée de travailler.

Devoir de fidélité ; sanctions de l'adultère. — Soit qu'ils aient adopté la théorie de Pothier, d'après laquelle la femme n'a pas inspection sur la conduite de son

mari, soit qu'ils aient pensé que l'adultère des deux conjoints n'a pas la même gravité, les auteurs du Code n'avaient pas sanctionné d'une manière égale le devoir de fidélité conjugale. Après en avoir proclamé la réciprocité, ils n'avaient admis la femme à demander le divorce ou la séparation de corps que si le mari avait tenu sa concubine dans la maison commune. En d'autres termes, l'infidélité du mari devait être habituelle et, aussi, accompagnée d'une circonstance aggravante. L'adultère de l'épouse était, au contraire, pour le mari une juste cause de divorce ou de séparation, en quelque lieu qu'il eût été commis et quoiqu'il eût constitué un fait isolé.

De plus, faisant une incursion arbitraire dans le domaine pénal, le législateur civil de 1803 avait autorisé, avait même obligé, d'après la jurisprudence, le ministère public à requérir, au cours de l'action en divorce ou en séparation, la réclusion de la femme adultère dans une maison de correction (trois mois à deux ans) (1). La femme ainsi traduite devant un tribunal ordinaire perdait les garanties qu'offre la juridiction pénale, telles que l'instruction verbale ou la comparution du complice, pour lequel le tribunal civil n'était pas compétent. D'autre part, la disposition de l'article 336 du Code pénal qui donne au mari seul le droit de dénoncer l'adultère était éludée. Contrairement à la jurisprudence, l'action judiciaire ne pouvait

(1) V. anciens art. 298, 308 et 309 C. civ.

être considérée comme une dénonciation, puisque le mari, s'adressant seulement au tribunal civil, manifestait par là même son intention de ne pas faire condamner sa femme pénalement.

Lorsque le divorce fut aboli en 1816, toutes ces particularités et toutes ces différences ne furent pas supprimées. Elles continuèrent à s'appliquer à la séparation de corps jusques en 1884. La loi qui rétablit, à cette époque, le divorce les fit disparaître du Code civil.

Les dispositions du Code pénal sont encore telles qu'elles étaient en 1810. L'inégalité dans les sanctions de l'adultère y est contenue dans les articles 324, 337, 338, 339. L'école féministe en demande la modification (1).

Envisagé dans ses conséquences privées et personnelles aux deux époux, l'adultère a toujours le même caractère. Qu'il ait été commis par l'un ou par l'autre, il est une violation du contrat intervenu entre eux au moment du mariage. La fidélité, dit la loi civile, doit être mutuelle. Civilement, c'est-à-dire quand l'intérêt particulier d'un conjoint est seul en cause, l'infidélité doit donc recevoir, et elle la reçoit aujourd'hui, la même sanction.

Je ne pense pas que la loi pénale doive atteindre dans les mêmes conditions et réprimer de la même manière l'adultère de l'homme et celui de la femme.

(1) V. Congrès de la Condition et des Droits des femmes (*La Fronde*, 10 septembre 1900, et *Compte-rendu des Travaux*, p. 236 et 237).

Sans doute, au point de vue de la conscience, la même faute commise par l'homme ou par la femme est également blâmable. Mais la loi pénale n'a pas seulement pour but de réprimer ce qui est mal, ou plutôt elle ne le réprime que parce que l'ordre social en est troublé ; elle punit l'infraction d'autant plus sévèrement que le dommage social qui en résulte est plus grand. On est donc amené à se demander si l'intérêt social ou celui de la famille est également atteint par l'adultère des époux.

Notre société, a pensé le législateur, est plus indulgente pour le mari infidèle que pour l'épouse coupable. Pourquoi la loi différerait-elle des mœurs ? D'autre part, le mariage imposant à l'époux la paternité de tous les enfants nés pendant sa durée, sans qu'il lui soit possible de la répudier, sauf les cas très rares de désavœu, la faute de la mère introduira peut-être au foyer l'enfant d'un autre. Cette éventualité ne résulte jamais de l'infidélité du mari. L'adultère de la femme compromet davantage l'ordre public ; il est plus dangereux pour la famille : il doit être plus soigneusement et plus fortement réprimé.

A ce raisonnement il a été répondu qu'en réalité l'adultère de l'homme avait d'aussi graves conséquences, parce que, si celui de la mère peut introduire un sang étranger dans la famille, l'infidélité du père risque de faire entrer un enfant étranger dans celle d'autrui, ce qui est également un mal au point de vue social.

Les auteurs de cette réponse ne me paraissent pas avoir suffisamment réfléchi aux dispositions légales. L'adultère du mari ne risque pas toujours d'introduire un enfant dans une famille qui n'est pas la sienne. Lorsque la complice n'est pas mariée, le fruit de la faute commune ne sera pas uni à la mère par les liens de la parenté égale à moins qu'il n'ait été l'objet d'une reconnaissance. La reconnaissance de la mère n'aura d'effet qu'envers elle seule et non à l'égard de ses propres parents. Quant au père, toute reconnaissance de sa part est impossible. En cette première hypothèse aucun péril soit pour la famille de la mère, soit pour celle du père. C'est pourquoi la loi, dans les conditions ordinaires, n'atteint ni le mari, ni sa complice.

La seconde hypothèse est la seule où l'infidélité de l'époux aura un résultat analogue à celui de l'épouse, à savoir l'entrée éventuelle d'un enfant dans la maison d'autrui. Il faut supposer pour cela que la complice est mariée. Mais alors la loi répressive qui épargne habituellement l'homme comme mari, l'atteint comme complice et le frappe plus sévèrement que la femme elle-même (1).

D'ailleurs, en pratique, les tribunaux sont aussi indulgents pour la femme que pour l'homme : à tous deux ils appliquent seulement une amende. Étendant la signification des mots : « entretien de la concubine

(1) Art. 338 C. pén.

dans la maison conjugale » jusques aux plus larges limites, leur jurisprudence ne permet au mari de se soustraire à l'habituelle amende que le moins souvent possible. Constitue, en effet, d'après les tribunaux, le domicile conjugal toute résidence du mari où la femme pourrait être tenue de le suivre, où elle pourrait avoir elle-même le droit de résider sans qu'elle y soit effectivement venue, alors même que le mari aurait pris des précautions pour enlever au logement par lui habité les apparences du domicile conjugal, telles que la location sous un nom d'emprunt (1) ou par personne interposée.

Cette interprétation ne peut cependant empêcher qu'après la séparation de corps l'adultère féminin continuera à être puni, l'adultère masculin ne pourra plus l'être puisqu'il n'existe plus de domicile commun. Le désagrément d'être toujours présumé le père des enfants de sa femme est, pour l'époux, à cet avantage une ample compensation.

Il est toutefois, en cette matière, deux points sur lesquels le féminisme a fait entendre de justes récriminations. Le mari est libre d'arrêter la poursuite et l'effet de la condamnation, en consentant à reprendre sa femme coupable. Il a le droit de grâce : c'est une prérogative du souverain (2). L'épouse n'a pas ce privilège. Elle n'est plus recevable à arrêter l'action du ministère public

(1) *Pandectes franç.*, v° *Adultère*, n°s 26 et suiv.
(2) Bridel, *La Femme et le Droit*.

dont elle a permis la mise en mouvement (1). S'il lui est impossible de faire sortir de prison son infidèle conjoint, par la raison bien simple qu'il a encouru seulement une amende, l'épouse outragée n'est certes pas exigeante en revendiquant la faculté d'arrêter les poursuites et le droit de pardonner.

Enfin nous arrivons aux critiques qu'a soulevées l'article 324. Cet article excuse, sans l'absoudre, le mari meurtrier de sa femme et du complice de celle-ci surpris en flagrant délit. Aucune diminution de peine n'est obligatoire en faveur de la femme meurtrière dans les circonstances inverses. « Tue-les, mais seulement si tu es homme », disait Alexandre Dumas. Je ne trouve pas que l'inégalité soit, à ce sujet, nécessaire. Pourquoi l'indignation ressentie par la femme surprenant son mari en compagnie d'une rivale serait-elle moins vive et moins excusable ? Aussi les jurés, en pareil cas, acquittent, ou accordent sans distinction de sexe les circonstances les plus complètement atténuantes. Que l'on supprime donc cet article 324, ou que l'on en promulgue un autre en faveur de la femme.

Changement de nationalité de la femme. — Pour mieux assurer l'unité dans l'association matrimoniale, le Code oblige la femme à prendre, au jour du mariage, la nationalité de son mari. L'étrangère qui épouse un Français devient française, et réciproquement la jeune

(1) *Pandectes franç.*, v° *Adultère*, n° 147. *Contra :* Dalloz, *Supplément au Répertoire*, v° *Adultère*, n° 48.

fille française qui unit son existence à celle d'un étranger perd sa nationalité d'origine, à moins que la loi étrangère ne lui dénie la sienne.

En donnant aux époux une même patrie, ces changements de nationalité éviteront au sein de la famille des discussions toujours délicates, parfois vives et passionnées. Aucun d'eux ne pourra opposer à l'autre son statut personnel, dont l'application et l'interprétation sont souvent difficiles.

Lorsque la cause qui a rendu la naturalisation nécessaire a disparu, c'est-à-dire lorsque le mariage est dissous, la femme redevient française sinon de plein droit, du moins par la résidence en France accompagnée d'une déclaration (1).

Il serait logique que toujours l'épouse ait la même nationalité que l'époux. Les conséquences de la théorie ci-dessus n'ont pas toutes été acceptées par la loi. Le changement de nationalité, survenant postérieurement à la célébration du mariage en la personne du mari, reste sans effet sur la nationalité de la femme (2). De son côté, la femme peut adopter pendant le mariage, avec le consentement de son mari, une nationalité autre que la sienne (3). Dans le cas le plus digne de faveur, celui où un étranger a épousé une Française, le mari

(1) Art. 19 C. civ.

(2) Laurent, *Supplément*, t. I, nos 112 et 149 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. cit.*, t. I, no 429.

(3) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. cit.*, t. I, no 523. *Contra :* Demolombe, *op. cit.*, t. IV, no 111.

peut aisément obtenir la qualité de Français (1), mais n'a pas le pouvoir d'imposer sa décision à sa femme qui ne veut pas profiter des facilités qui lui sont offertes pour recouvrer sa nationalité d'origine (2).

La liberté laissée aux époux d'acquérir, postérieurement au mariage, des nationalités différentes a encouragé la doctrine à donner de la naturalisation par mariage une explication qui diffère de la précédente. D'après les auteurs, cette naturalisation est en réalité fondée sur une interprétation de volonté. L'étrangère qui consent à associer sa vie à celle d'un Français, et la Française qui s'unit à un étranger entendent aussi partager la nationalité de leur mari ; la loi le présume, et en vertu de cette présomption naturalise l'une et dénaturalise l'autre de plein droit (3).

Dans ces conditions, pourquoi la fiancée qui n'appartient pas à la même nation que son futur époux, ne pourrait-elle pas se réserver sa nationalité personnelle ? Si la loi ne fait qu'interpréter sa volonté, elle doit rester libre de manifester une volonté contraire. Cette liberté ne lui est cependant pas accordée (4).

Tout en reconnaissant que le législateur a parfois manqué de logique, il faut déduire de tout ceci que la

(1) Art. 8, § 2. 4° C. civ.

(2) Art. 12, § 2 C. civ.

(3) Blondeau, *Revue du Droit français*, 1845, p. 133 ; Demolombe, *op. cit.*, t. I, n° 168 ; Laurent, *op. cit.*, t. I, n° 348 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. cit.*, t. I, n° 423.

(4) Laurent, *Supplément*, t. I, n° 148 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. cit.*, t. I, n° 424.

naturalisation par mariage ne repose pas seulement sur une présomption de volonté, mais surtout sur l'intérêt de la famille, sur la paix et le bon ordre qui doivent régner au foyer conjugal. A ce titre, elle doit être maintenue.

Limites de la puissance maritale. — La prééminence lui étant accordée non dans son intérêt personnel, mais seulement pour la sauvegarde de la famille, le mari abuserait de ses pouvoirs s'il en profitait pour porter atteinte aux droits individuels de la femme (1).

En conséquence, il ne peut l'empêcher de pratiquer sa religion, lui interdire de visiter ses parents ou de recevoir leur visite, intercepter ou décacheter ses lettres. Les arrêts (2) qui ont admis en faveur du mari des exceptions au principe de l'inviolabilité des lettres paraissent avoir considéré sa sécurité et son honneur personnels plutôt que l'intérêt de la collectivité familiale. Ils ont d'ailleurs été rendus au sujet des lettres produites par le mari dans des procès en divorce ou en séparation. Ceux qui approuvent des décisions de ce genre sont obligés de reconnaître que l'épouse doit avoir, de son côté, la faculté d'intercepter les lettres écrites par son époux, et de décacheter celles qui lui sont adressées.

(1) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. cit.*, t. II, n° 2160 ; Laurent, *Supplément*, t. I, n° 551.

(2) Bruxelles, 28 avril 1875 (D. 76. 2, 25. ; S. 77. 2. 161) ; Nimes, 6 janvier 1880 (D. 80. 2. 191 ; S. 81. 2. 54). — V. Dalloz, *Supplément au Répertoire*, v° *Lettre missive*, n°s 91 et suiv.

La femme est-elle obligée, après le mariage, de porter le nom de son mari ? Légalement, ce n'était pour elle, avant la loi du 6 février 1893 (1), ni un devoir, ni un droit. Dans les actes authentiques, la femme mariée était toujours, et elle l'est encore, désignée par son nom de famille suivi de l'indication du mari. La loi nouvelle a consacré l'usage qui donnait à l'épouse le nom de l'époux et qui tolérait parfois que chacun des conjoints fût désigné par leurs deux noms respectifs accolés ensemble. Que les femmes qui ne veulent pas « se faire estampiller comme des brebis sous la marque de l'homme qu'elles épousent » (2), s'efforcent de réformer l'usage avant la législation.

Enfin, l'autorité du mari a-t-elle comme sanction le droit de correction ? Un arrêt (3) a paru l'admettre. Le respect dû à la personne de la femme et la règle qui interdit de se faire soi-même justice dictent une réponse négative. Nous ne sommes plus à l'époque où le mari était civilement responsable des dommages occasionnés par sa femme ; les magistrats devant lesquels il invoquerait la liberté de la battre « sans mort et sans mehaing », considéreraient avec raison que les violences corporelles sont des excès et des sévices constituant, pour celle qui les aurait subies, une juste cause de divorce ou de séparation. Elles pourraient encore être pénalement réprimées.

(1) Art. 299 et 311 C. civ.

(2) Congrès de la Condition et des Droits des femmes (*La Fronde*, 11 septembre 1900, et *Compte-rendu des Travaux*, p. 246).

(3) Chambéry, 4 mai 1872 (S. 73. 2. 217. — *Journal du Palais*, 73. 885).

III. — DES DROITS SUR LES BIENS

Suivant le régime nuptial adopté par les époux, les biens de la femme seront :

Soit communs, soit propres, sous le régime de communauté légale et ses variétés conventionnelles ;

Soit dotaux, soit paraphernaux, sous le régime dotal ;

Personnels et assimilables aux paraphernaux, sous le régime de séparation de biens.

Les droits de la femme différeront, suivant qu'ils s'exerceront sur les uns ou sur les autres.

Biens communs. Théorie du Code. De la gestion du patrimoine commun par les deux époux. — La femme, tant que dure le mariage, n'a aucun pouvoir sur les biens de la communauté. *Non est propria socia, sed sperat fore.* Son droit se réduit à une espérance de partage. Chef de la société des personnes, le mari est aussi le chef de la société des biens ; seigneur et maître du patrimoine commun, disaient nos anciens auteurs, il peut le boire et le manger ; il est plus juste de dire qu'il en est, sous notre législation, l'administrateur tout-puissant. Il peut vendre les biens communs, les hypothéquer sans le concours de la femme, les donner, sauf les restrictions suivantes :

La disposition à titre gratuit des immeubles, de l'universalité ou d'une quotité du mobilier ne lui appar-

tient pas, si ce n'est pour l'établissement des enfants communs ;

Tandis qu'il peut donner tout objet mobilier à titre particulier, il ne peut le faire s'il s'en réserve l'usufruit ;

Ses legs ne seront valables que pour ce qui sera compris dans la part de ses ayants droit au jour du partage.

Sauf ces rares exceptions, le mari disposera valablement de la fortune commune.

Il n'a aucun compte à rendre à personne de ses actes. La femme ne pourrait l'empêcher d'agir en fraude de ses droits. Elle aurait toutefois, d'après quelques auteurs, le droit d'obtenir, à la dissolution de la communauté, une indemnité en réparation du dommage qu'elle aurait subi, à charge par elle de prouver la fraude. Tel serait le cas où le mari, en prévision d'une séparation prochaine, aurait enrichi, aux dépens de la communauté, ses parents ou ses amis.

Ayant la faculté de disposer directement du patrimoine commun, le mari peut en disposer indirectement par ses dettes. Toute dette du mari est en effet dette de la communauté, et comme ses biens propres se confondent, à l'égard des tiers, avec les biens communs, ses créanciers ont pour gage les uns et les autres. Au moment du partage, il sera seulement tenu de rapporter à la masse une somme égale à celle dont il aura personnellement profité.

La femme ne peut obliger les biens communs sans l'autorisation du mari, et encore, prétendent quelques jurisconsultes, l'intervention du mari produit-elle des effets sur la communauté plutôt que l'engagement de la femme. L'autorisation de justice ne remplace celle de l'époux que s'il s'agit de tirer celui-ci de prison ou d'établir, en son absence, les enfants communs.

Afin de compenser les pouvoirs exorbitants du mari, la loi donne à la femme une série de prérogatives : faculté de demander la séparation de biens (1), d'exercer la première ses reprises sur le patrimoine de la communauté et, au besoin, sur celui du mari, hypothèque légale, droit de renoncer à la communauté et bénéfice d'émolument.

A ce régime légal de communauté, le féminisme voudrait apporter de profondes modifications.

D'après la doctrine nouvelle, les droits de la femme sont actuellement sacrifiés à ceux de l'homme. Le système qui fait de la communauté la chose du mari était admissible autrefois, alors que du pouvoir absolu du mari sur la personne de la femme découlait son pouvoir absolu sur les biens. Il ne doit plus être permis aujourd'hui que le mari, aliénant un bien de la communauté, dispose de ce qui ne lui appartient pas : la part de la

(1) La séparation des biens peut être demandée lorsque le mari administre mal les biens de la communauté, notamment lorsqu'il dissipe les biens entrés dans la communauté du chef de la femme (Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Du Contrat de Mariage*, t. II, n° 911).

femme dans l'objet aliéné. Les époux doivent être des égaux.

Les prérogatives accordées à la femme afin de rétablir l'équilibre, ajoutent les féministes, ne sont pas toujours efficaces.

La femme peut intenter l'action en séparation de biens et provoquer la liquidation et le partage anticipés de la communauté lorsque ses intérêts sont mis en péril. En fait, la séparation intervient presque toujours trop tard. L'épouse apprend que son patrimoine est compromis lorsque la ruine en est bien près d'être consommée. Elle recule aussi très souvent devant les soucis et les inconvénients d'un procès intenté à son mari.

Le privilège d'exercer la première ses reprises, de les prélever sur les biens de la communauté, et, s'ils sont insuffisants, sur ceux du mari, sera illusoire si le mari et la communauté sont insolvables.

Pour que la femme puisse se prévaloir de son hypothèque légale, il est nécessaire que le mari, ou, d'après la jurisprudence, la communauté possèdent des immeubles. Il faut encore qu'elle ne se soit pas engagée solidairement avec lui, ne l'ait pas cautionné, n'ait pas abandonné sa garantie hypothécaire à un créancier. Lorsque, cédant aux sollicitations du mari, elle a donné sa signature, l'arme que la loi avait mise entre ses mains se retourne contre elle, puisque les créanciers vont exercer avant elle et à sa place l'hypothèque légale. Cet engagement et cette renonciation de la femme présentent cependant un avantage.

Les tiers qui contractent avec le mari ne manquent pas d'exiger l'intervention de l'épouse qui participe ainsi aux affaires les plus importantes du ménage. Pourquoi ne pas généraliser cette participation, la rendre obligatoire et l'étendre à tous les actes qui intéressent la communauté? Cette collaboration plus complète ferait des deux époux ce qu'ils doivent être : deux véritables associés.

Enfin, l'engagement solidaire de la femme et son cautionnement auront, peut-être, comme conséquence, de diminuer, même de détruire sa faculté de renoncer à une communauté onéreuse et son bénéfice d'émolument. Tenue personnellement de la créance, elle ne sera pas indemnisée par son mari, s'il est insolvable.

Telles sont, en résumé, les critiques adressées à notre régime matrimonial de droit commun.

Tout d'abord, il convient de remarquer que la subrogation et la renonciation de la femme à son hypothèque légale, son engagement comme débitrice solidaire ou comme caution, sont des actes volontaires de sa part. Ceux qui demandent son émancipation ne sauraient les lui interdire et restreindre encore sa liberté en lui défendant d'intercéder pour son mari. Ce serait partiellement ressusciter l'antique prohibition du sénatus-consulte Velleien. Si donc l'épouse se dépouille des garanties que la loi lui accorde, elle doit subir les conséquences de ses actes. Libre de donner ou de refuser sa signature, elle en demeure responsable.

Pour éviter la ruine possible du ménage, que la séparation de biens est parfois impuissante à conjurer, afin d'augmenter les chances de prospérité de la communauté, convient-il d'appliquer le principe de l'égalité et de donner à la femme, sur les biens communs, des pouvoirs identiques à ceux du mari?

Au sujet de la direction matérielle du ménage, quatre systèmes sont possibles :

Ou confier au chef de famille les pouvoirs les plus étendus, et rétablir, lors du partage, l'équilibre par des privilèges en faveur de la femme et la protéger par des garanties. C'est le système du Code.

Ou enlever au mari toute suprématie et transférer tous ses pouvoirs à la femme. Cette théorie n'est soutenue par personne. Elle est exceptionnellement applicable, lorsque le mari est dans l'impossibilité de diriger le ménage ou en est indigne. Actuellement la femme n'a d'autres pouvoirs, en cas d'interdiction ou d'internement du mari, que ceux de tutrice ou d'administratrice, et, en cas d'absence, que ceux d'une envoyée en possession provisoire. Ce qui a été dit précédemment (1) sur la direction morale de la famille a fait prévoir la solution qui, en ces circonstances exceptionnelles, doit être adoptée pour sa direction matérielle.

Un troisième système donnerait, dans la société conjugale, la signature sociale séparément à chacun des deux époux. La femme pourrait donc disposer des

(1) Voir p. 68 et suiv.

biens communs au même titre que le mari. Ce système ne jouit pas d'une plus grande faveur que le précédent. On peut cependant l'admettre en le limitant aux actes d'administration, chaque époux agissant dans le rôle qui lui est dévolu. Ainsi la femme dispose, en pratique, d'une partie des revenus du ménage pour les besoins journaliers et les dépenses domestiques. Elle est considérée comme mandataire du mari ; elle devrait, au contraire, agir en son nom propre, en sa seule qualité d'associée.

Il reste le quatrième système. La gestion des biens communs serait confiée aux deux époux conjointement. La communauté étant la propriété commune serait administrée par les copropriétaires. C'était le système présenté par Cambacérès à la Convention (1). C'est celui de M. Laurent (2).

Cette théorie qui assimile la communauté à l'indivision ordinaire est logique et séduisante. Son application soulève de graves objections.

Les biens communs sont surtout destinés à être échangés, cédés, à circuler afin de multiplier et d'accroître la richesse de la famille, les propres servant en quelque sorte de réserve. Les valeurs mobilières comprises dans la communauté doivent donc être facilement aliénables. Leur cession est souvent, suivant la profession du mari, un acte d'administration plutôt qu'un acte de disposition. La nécessité du concours de la

(1) Fenet, *op. cit.*, t. I, p. 20.
(2) *Avant-Projet du Code civil belge*, t. V, p. 44 et suiv.

femme serait un obstacle et non un avantage. Pour la vente et l'hypothèque des immeubles, une nouvelle réglementation serait inutile puisque, grâce aux décisions de la jurisprudence étendant aux conquêts l'hypothèque légale, l'intervention de la femme dans les contrats de ce genre est déjà consacrée.

D'une manière plus générale, on peut dire que l'indivision appliquée à la communauté matrimoniale aurait tous les inconvénients qu'elle présente ordinairement. Elle est une source de désunion et de querelles ; elle entrave la libre circulation des biens, l'opposition de l'un des copropriétaires suffisant pour réduire les autres à l'impuissance et à l'inaction. Et, circonstance aggravante, l'indivision des époux, contrairement aux principes du Code, serait perpétuelle.

Pour que le désaccord des époux ne condamnât pas la communauté à la stagnation et à l'inertie, il faudrait que le juge intervînt pour départager les conjoints. M. Laurent reconnaît la nécessité de cette intervention. On sait déjà quels en seraient les regrettables effets (1).

Mais, sans confier aux deux époux l'administration du patrimoine commun, ne pourrait-on au moins exiger le consentement de la femme pour les actes les plus graves tels que les actes de disposition ou d'obligation ? Les biens communs ne seraient alors, à titre onéreux ou à titre gratuit, valablement aliénés ou hypo-

(1) Voir p. 65.

théqués qu'avec le concours des deux époux. Seraient seules exécutoires sur les biens communs les dettes contractées par les époux conjointement.

Cette dernière théorie, en donnant à la femme une certaine part dans la gestion du patrimoine commun, respecte cette idée juste, en somme, que la communauté doit être non la chose exclusive du mari, mais celle des deux époux. Elle évite en même temps les inconvénients d'une participation constante et universelle de la femme dans l'administration de la communauté.

En cas de désaccord entre les époux, pour que les aliénations, les hypothèques de biens communs ou les obligations affectant la communauté fussent valables, l'intervention de la justice serait, il est vrai, nécessaire. Mais la justice n'aurait à intervenir qu'à de rares intervalles. En effet, s'il s'agit de meubles, l'aliénation faite par le mari seul serait souvent valable, soit qu'elle pût être considérée comme un simple acte d'administration, soit qu'elle ait été faite en faveur d'un tiers protégé par la maxime : « En fait de meubles, possession vaut titre. » Quant aux contrats productifs d'obligation, aux constitutions d'hypothèques ou aux aliénations d'immeubles, il faudrait pour que les époux se décidassent l'un à intenter un procès, l'autre à le soutenir, que le premier fût bien persuadé des avantages que présenterait un acte de cette nature, et que le second fût énergiquement convaincu du danger qui en résulterait pour la communauté. L'intervention

du juge ne serait donc qu'exceptionnelle. Et si les décisions contradictoires des époux ne sont inspirées que par un simple caprice, ce n'est pas l'intervention du juge qui créera la discorde : elle existait avant.

L'intervention des tribunaux ainsi réduite au cas les plus graves présenterait d'autant moins de dangers qu'elle s'exercerait non point dans le gouvernement moral de la famille, mais dans la gestion matérielle de son patrimoine. La loi, en maintes circonstances, distingue les droits exclusivement attachés à la personne de ceux qui n'ont qu'un objet pécuniaire. Elle n'entoure pas toujours les seconds du même respect qu'elle exige pour les premiers. La même distinction serait possible en notre matière. De plus, la femme peut actuellement citer son mari en justice, s'il lui refuse injustement son autorisation. En quoi l'assignation donnée par l'un des époux à l'autre, afin de le contraindre à concourir à un acte grave affectant les biens communs, présenterait-elle plus d'inconvénients ?

Souvent la femme participe indirectement aux actes qui intéressent le plus gravement l'avenir matériel de la famille. « Le mari, aujourd'hui comme au temps du douaire, a besoin du concours de sa femme chaque fois qu'il vend, qu'il hypothèque ou qu'il s'oblige ; les tiers avec qui il traite ne manquent jamais d'exiger ce concours ; il est utile aux créanciers dont le gage pourrait, sans cela, être absorbé par les reprises dotales ; il est utile aux acheteurs pour les décharger des formalités de la purge légale et les prémunir contre les dan-

gers d'une surenchère. Il y a plus encore : grâce à la jurisprudence actuelle qui a fort sagement étendu l'hypothèque légale jusque sur les conquêts de la communauté, le mari, en fait, ne peut plus disposer seul des biens communs. Ici encore il est sans cesse obligé de solliciter l'intervention de sa femme... Cette participation assidue de la femme au gouvernement du ménage est juste, car elle est la réalisation la plus complète, dans la sphère des intérêts civils, de cette union intime et sans réserve, de ce *consortium omnis vitæ*, qui, au dire de l'antiquité païenne elle-même, fait l'essence du mariage. Elle est utile autant que juste, et l'intérêt des enfants sera bien plus sûrement garanti lorsque, dans toutes les décisions qui pourraient compromettre leur fortune à venir, le père devra faire appel aux conseils moins éclairés peut-être, mais peut-être aussi plus dévoués de l'affection maternelle (1). » Puisque cette participation de la femme aux actes de la vie civile, aujourd'hui organisée indirectement, présente de notables avantages, les mêmes avantages subsisteraient si elle s'exerçait directement lorsqu'il s'agit des biens communs.

Donner à la femme le droit de concourir aux actes les plus importants concernant la communauté ne serait qu'appliquer de nouveau un principe déjà reconnu par la loi. Dès le jour du mariage, les époux ne sont plus indépendants l'un de l'autre au point de vue écono-

(1) Gide, *op. cit.*, p. 482.

mique. De même que le patrimoine commun, leurs biens personnels servent à la même fin : la prospérité de la famille, l'entretien et l'éducation des enfants auxquels ils se sont mutellement engagés. C'est pourquoi il est tout naturel que le mari contrôle par l'autorisation maritale les aliénations, les hypothèques ou autres contrats consentis par la femme au sujet de ses biens personnels ; que de son côté la femme, par la renonciation à son hypothèque légale ou la subrogation, intervienne dans les aliénations immobilières et même dans les contrats donnant naissance à une créance contre son mari. Le concours direct des deux époux dans les actes de cette nature intéressant les biens communs serait une conséquence du même principe.

Mais si la femme participe aux affaires communes, il est juste qu'elle supporte une responsabilité proportionnelle à la part qu'elle y prend. Si on lui donne le droit de s'opposer à la conclusion des actes productifs d'obligations, si les dettes du mari ne sont pas exécutoires sur les biens communs, si les hypothèques ou les aliénations d'immeubles ne sont pas valables sans son consentement, la faculté de s'affranchir des charges d'une communauté onéreuse par la renonciation, le bénéfice de ne supporter les dettes que jusques à concurrence de l'actif devront à ce moment être rayés de notre Code. On peut en dire autant des privilèges de prélèvement, et de l'hypothèque légale en tant qu'elle garantit les récompenses dues par la communauté et que d'impru-

dents contrats conclus avec son assentiment ne permettront plus à la femme de se faire rembourser sur les biens communs.

Biens propres. Pouvoirs du mari sur les propres de la femme. — Le mari a l'administration et la jouissance des biens personnels de la femme, la femme a seulement sur eux les droits d'un nu-propriétaire.

Quoique les pouvoirs du mari soient limités, les exceptions au principe qui lui défend de disposer de propres qui ne lui appartiennent pas sont si nombreuses, qu'en fait bien rares seront les occasions où l'aliénation d'un bien personnel de la femme accomplie par le mari pourra être annulée. Pour les meubles, s'il s'agit de choses se consommant par le premier usage, de créances échues, d'objets dont l'aliénation constitue un acte d'administration tels que ceux sujets à dépérissement ou à dépréciation, plus souvent encore si le meuble cédé a été livré à un tiers qui peut invoquer la règle : « En fait de meubles, possession vaut titre », les actes de disposition faits par le mari seul seront valables.

Pour les immeubles, d'après une opinion soutenue par de puissants arguments, l'aliénation et l'hypothèque consenties par le mari ne peuvent être attaquées par la femme qui accepte la communauté. L'acquéreur éprouverait une éviction pour laquelle il aurait un recours contre la communauté. La femme ne saurait être admise à revendiquer contre cet acquéreur auquel elle doit une indivisible garantie par suite de son acceptation.

Ce qui précède montre que souvent la gestion des propres de l'épouse est assimilée à celle de la communauté. Mais lorsqu'il en est ainsi, la principale intéressée n'a qu'à s'en prendre à elle-même.

En effet, tandis qu'il est interdit aux époux de déroger aux droits qui appartiennent au mari comme chef sur les biens communs, de stipuler par exemple que la communauté sera gérée par la femme ou avec son concours, le contrat de mariage peut autoriser celle-ci à toucher en tout ou en partie les revenus de sa fortune personnelle. L'administration et la jouissance du mari ne sont pas ici d'ordre public, parce qu'elles ne dérivent pas de la puissance maritale, mais de la volonté présumée des parties ; il est donc licite d'y déroger, et les biens qui auraient été l'objet d'une semblable dérogation seraient dans la même condition que ceux soumis au régime de la séparation.

Les femmes ont donc un excellent moyen d'éviter l'application de l'article 1428 : c'est de modifier sur ce point, par leur contrat de mariage, les dispositions du droit commun. Mais, objecte-t-on, il faut alors faire un contrat coûteux. Si la femme possède une fortune personnelle qu'elle désire soustraire aux pouvoirs du mari, les moyens de payer les frais d'un acte notarié ne lui manquent pas. Quant à celles qui se marient sans contrat, il est très rare qu'elles possèdent des biens qui ne tombent pas dans la communauté tels que des immeubles ; elles ont habituellement pour tout patri-

moine leur aptitude au travail, quelques meubles et quelques économies. Faut-il pour celles-là modifier le régime légal ? Nous le verrons bientôt.

Biens dotaux. — L'inaliénabilité de l'immeuble dotal, l'indisponibilité de la créance de la femme en restitution de sa dot mobilière sont les attributs distinctifs du régime dotal.

L'interdiction d'aliéner le fonds dotal, de céder la créance en restitution de ses valeurs dotales et les garanties qui l'entourent provient, suivant de nombreux auteurs, de l'incapacité de l'épouse, incapacité absolue lorsqu'il s'agit des biens dotaux. Afin de protéger l'épouse dotale contre des décisions irréfléchies ou inspirées par le mari, la loi fait d'elle une incapable.

Ce système rappelle la théorie ancienne qui, pour garantir la femme faible et sans expérience, la privait de ses droits. Rome nous aurait-elle transmis les idées antiques en même temps que la dotalité ?

Je préfère considérer l'inaliénabilité dotale comme une simple question d'indisponibilité des biens dotaux. La dot est la partie du patrimoine de l'épouse que sa prévoyance, ou celle de ses parents, a mise en réserve, à l'abri de tous les événements qui pourraient l'amoindrir. Suprême espérance de la famille, elle est inaliénable par sa nature, par sa constitution. Quoique cette opinion soit celle de la minorité des jurisconsultes, je crois devoir l'adopter parce que, si elle ne procède pas des principes antiques, elle est plus conforme à l'esprit et

aux mœurs modernes, ou plus exactement les contredit moins. Le passage suivant, que je me permets d'emprunter à l'ouvrage de M. Gide, en exprime les principaux résultats :

« L'obligation de la femme est en elle-même parfaitement valable, c'est seulement lorsqu'il s'agit de l'exécuter qu'elle rencontre un obstacle extérieur dans l'inaliénabilité des biens dotaux. Pour apprécier l'efficacité de l'obligation, nous devons donc nous placer non point au moment où elle a pris naissance, mais au moment où l'on veut l'exécuter et où le créancier poursuit son paiement. Voilà le principe, en voici les conséquences :

« 1° L'obligation contractée par la femme durant le mariage devient efficace sitôt que le mariage est dissous ; car, le seul obstacle qui s'opposait aux poursuites du créancier, l'inaliénabité du bien, son caractère dotal, a disparu avec le mariage.

« 2° L'obligation contractée par la femme avant le mariage cesse d'être efficace dès que la femme, en se mariant, a soumis tous ses biens à la loi de la dotalité. Le créancier ne peut pas plus conserver son gage sur le bien que la femme a rendu dotal que sur le bien aliéné par elle ; car aliéner une chose ou rendre cette chose inaliénable, n'est-ce pas au fond le même acte ?

« 3° Nulle créance ne peut donc se poursuivre sur les biens dotaux à quelque époque qu'elle remonte ; ajoutons aussi de quelque manière qu'elle ait pris naissance, qu'elle ait pour cause un contrat, un délit, un quasi-délit.

« 4° Enfin toute ratification, toute confirmation de la femme est évidemment inutile. Le vice de l'obligation n'étant pas dans la volonté du débiteur, ce n'est pas non plus dans sa volonté que peut être le remède (1). »

Biens paraphernaux ou soumis au régime de la séparation. — La femme a l'administration et la jouissance de ses biens soumis au régime de la paraphernalité ou à celui de la séparation.

Il serait injuste que l'épouse séparée de biens ou dont toute la fortune est paraphernale profitât de sa jouissance pour s'affranchir de toute participation dans les dépenses du ménage. Aussi la loi l'oblige-t-elle à contribuer aux charges de la famille dans une certaine proportion fixée le plus souvent, à défaut d'autre évaluation dans le contrat de mariage, au tiers de ses revenus.

L'épouse remet au mari sa part contributoire. Il vaudrait mieux qu'elle en fît elle-même l'emploi. Les intérêts de la famille ne seraient pas lésés par cette extension de sa capacité.

Les actes de disposition de la femme sur ses biens régis par la paraphernalité ou par la séparation ne sont pas valables s'ils n'ont pas été accomplis avec l'autorisation maritale. L'article 1449 semble apporter à cette règle une exception en faveur de la femme séparée de biens judiciairement, mais les aliénations mobilières qu'il prévoit sont seulement, d'après la doc-

(1) Gide, *op. cit.*, p. 451.

trine et la jurisprudence, celles qui ont l'administration pour objet et pour résultat.

Au reste, ce qui a été dit à propos de la validité de certains actes de disposition accomplis par le mari administrant les biens de sa femme est également applicable à la validité des mêmes actes consentis par la femme sur ses propres biens.

Nous verrons que, depuis quelques années, l'épouse séparée de corps, et par conséquent de biens, est dispensée de recourir à l'autorisation maritale.

Compléments et modifications au régime légal. Lois sur les Caisses d'épargne ; sur la Caisse des retraites. Droit de la femme au produit de son travail. Projets de M. Goirand ; de MM. Glasson et Jalabert ; de M. Cauwès. — Quelques timides innovations ont déjà étendu au-delà des limites primitives les droits de la femme sur ses biens et sur ceux de la communauté.

Les lois de 1881 et de 1895 sur les Caisses d'épargne admettent les femmes mariées, quel que soit leur régime matrimonial, à se faire ouvrir des livrets sans l'autorisation de leur mari et à retirer, sans cette autorisation, mais sauf opposition, les sommes inscrites aux livrets ainsi ouverts.

En réalité, ces lois respectent les principes du Code civil plus qu'elles ne les modifient. L'épouse n'a nullement la faculté d'économiser afin de se constituer une sorte de pécule. Lorsqu'elle se fait ouvrir un compte à

la Caisse d'épargne, elle est présumée agir comme mandataire du mari. C'est pourquoi, celui-ci, comme tout mandant, peut révoquer le mandat et retirer, sans le concours de la déposante, les sommes par elle confiées à la Caisse. Malgré cette présomption de mandat, le législateur manifestait son désir d'étendre, autant qu'il lui était possible sans violer le Code, les pouvoirs de la femme sur ses biens personnels ou sur les biens communs.

La tendance à accroître les droits de la femme est encore mieux indiquée par la loi du 20 juillet 1886 sur la Caisse nationale des retraites pour la vieillesse.

Les versements opérés antérieurement au mariage restent propres à celui ou à celle qui les a faits. Ceux effectués pendant le mariage ne tombent pas non plus en communauté ; ils profitent séparément à chaque conjoint pour moitié. Ils peuvent profiter pour la totalité à l'un d'eux lorsque l'autre a atteint le maximum, soit de la rente, soit des versements annuels, ou lorsqu'il est absent depuis plus d'un an.

Les femmes mariées ont donc le moyen de se constituer, sans le consentement de leur mari, une rente viagère et de soustraire à son autorité, au cours du mariage, des deniers auparavant destinés à la communauté (1).

Plus importante serait la dérogation qu'apporterait au droit commun actuel le projet de loi voté par la

(1) Cf. Loi du 1er avril 1898, sur les Sociétés de secours mutuels.

Chambre des députés, le 27 février 1896. Il est connu sous le nom de son auteur, M. Goirand : « Quel que soit le régime adopté par les époux, dit l'article 1er, la femme a le droit de recevoir, sans le concours de son mari, les sommes provenant de son travail personnel et d'en disposer librement. La présente disposition n'est pas applicable aux gains résultant d'un travail commun aux deux époux. Les biens acquis par la femme avec ses gains personnels appartiennent à la communauté. »

Le projet de M. Goirand avait été précédé d'une proposition de MM. Glasson et Jalabert, soutenue à la Chambre par MM. Jourdan, Dupuy-Dutemps et Montaut. Elle commençait ainsi : « Lorsque le mari met, par son inconduite, les intérêts du ménage en péril, la femme peut, sans demander la séparation de biens, obtenir de la justice le droit de toucher elle-même les produits de son travail et d'en disposer librement. »

M. Glasson et M. Goirand ont voulu tous deux atteindre le même but : protéger la femme ouvrière contre les dissipations du mari.

Mariée le plus souvent sans contrat, l'ouvrière n'est pas maîtresse de ses gains puisqu'ils tombent dans la communauté. Laborieuse et prévoyante, elle multipliera ses efforts et ses peines inutilement, elle économisera vainement pour soutenir le ménage et élever les enfants, si le chef de la communauté est débauché, paresseux, dissipateur. Il s'emparera de son salaire à mesure qu'elle l'aura gagné, le détournera de sa desti-

nation qui est de servir aux besoins de la famille, et dissipera ses économies.

Le seul moyen que le Code donne à la femme pour défendre le produit de son travail contre le gaspillage de son mari est la séparation de biens. Mais c'est là une mesure coûteuse ; l'assistance judiciaire en supprime, il est vrai, les frais ; elle en augmente en même temps les formalités et les délais. D'un autre côté, l'épouse qui se décide à intenter un procès ne voit guère de différence entre la séparation de biens et le divorce, et, puisqu'elle est obligée, dans les deux cas, d'accomplir à peu près les mêmes démarches, elle choisira le divorce.

D'ailleurs, en supposant qu'elle ne se prononce pas pour une rupture définitive, la paix du ménage sera quand même troublée. Un procès selon toutes les règles est un moyen violent qui risque d'éloigner davantage du droit chemin l'époux qui s'en est momentanément écarté.

Puisque la séparation de biens est longue et difficile à obtenir, M. Glasson en supprime les inconvénients en faveur de la femme ouvrière et met à sa disposition une procédure gratuite et très simple qui la conduit à une séparation de biens partielle, « à une petite séparation à l'usage des pauvres gens » (1). La demande est portée devant le juge de paix qui en est saisi par une requête orale. Les époux sont

(1) Turgeon, *op. cit.*, t. II, p. 150.

appelés devant lui par un billet d'avis sur papier libre, en la forme d'une lettre missive recommandée à la poste. Cela, au fond, reste conforme au droit commun. Lorsque les biens qu'elle a apportés sont mis en péril, la femme peut demander que la jouissance lui en soit rendue. Dans les ménages ouvriers, l'épouse apporte comme dot son aptitude au travail dont ses salaires sont les revenus (1). Lorsque le mari est un débauché et un prodigue, la femme deviendra maîtresse de son humble patrimoine et s'adressera, pour y parvenir, au magistrat compétent pour les modestes procès.

Dans la mesure où il est l'application des principes généraux, le projet de M. Glasson en possède les inconvénients. Quelque simple que soit l'instance introduite devant le juge de paix, c'est toujours un procès et la femme hésitera à paraître devant la justice. De plus, la protection organisée contre l'inconduite du mari est tardive. Celui-ci ne mettra plus la main sur les salaires futurs de l'épouse, mais conservera les salaires passés, l'argent qu'elle aura épargné.

C'est pourquoi M. Cauwès a proposé de faciliter à la femme une séparation de biens partielle dès le jour du mariage et de lui permettre de se réserver le fruit de son travail par une déclaration devant l'officier de l'état civil. Une stipulation de ce genre serait valable dans un contrat de mariage, mais

(1) Cf. Paris, 2 juillet 1878 (D. 79. 2. 107).

faut-il que celle qui n'est pas assez riche pour payer le notaire ne puisse prendre aucune précaution relativement à ses gains ? La publicité des contrats de mariage a été organisée au moyen d'une interpellation de l'officier de l'état civil et de la mention de la réponse dans l'acte de célébration. Avant le prononcé de l'union, la femme déclarerait si, bien qu'elle n'ait pas fait de contrat, elle veut se réserver de toucher elle-même ses salaires, à charge d'en consacrer le tiers aux dépenses du ménage conformément à l'article 1537 du Code civil ; de son côté, le futur mari aurait à déclarer s'il y consent (1).

La proposition de M. Cauwès a complété celle de M. Glasson. En l'absence de toute déclaration, l'épouse pourrait toujours réclamer plus tard, si l'inconduite du mari l'y oblige, le droit de toucher elle-même ses salaires. Maintenir le principe de la communauté matrimoniale, telle est l'idée des deux savants jurisconsultes ; faciliter, s'il en est besoin, l'exercice de ses droits est plus spécialement le but de M. Glasson ; rendre plus accessible la conclusion des conventions nuptiales et respecter leur liberté est plus spécialement celui de M. Cauwès.

M. Goirand est plus radical. Dès le jour du mariage, que le chef de la communauté soit économe et sans défaut ou qu'il ne le soit pas, les gains de sa femme sont mis hors de son pouvoir. Celle-ci en dispose

(1) Paul Cauwès, *De la Protection des intérêts économiques de la femme mariée*, p. 18.

librement. Sa liberté est cependant limitée en ce sens que si, au lieu de les dépenser, elle les économise ou les emploie à une acquisition quelconque, ses économies ou l'objet par elle acquis tombent en communauté (1).

Cette dernière disposition n'est pas logique. Du moment que l'épouse perçoit librement les sommes par elle gagnées, elle doit pouvoir en faire ce qui lui plaît, sans que sa propriété cesse. D'autant plus qu'en les lui enlevant pour les donner à la communauté, c'est-à-dire au mari ou à ses créanciers, à mesure qu'elle les économise ou en fait emploi, le texte de M. Goirand l'engage à les dépenser immédiatement, ce qui ne constitue pas précisément un encouragement à l'épargne, et cela dans les familles où elle est le plus utile. Conserver ne serait plus au foyer le rôle spécial de la femme.

Il est donc nécessaire qu'au droit de l'ouvrière de toucher elle-même ses salaires soit ajouté celui de les économiser ou de les employer, ses économies ou ses acquisitions lui appartenant toujours personnellement.

Voilà pour ce qui concerne l'épouse. Voyons maintenant quelles sont les conséquences obligatoires du projet à l'égard du mari.

Puisque, dès le mariage, ce que gagne l'un des conjoints ne tombe pas en communauté, une juste

(1) Rapport sur le projet Goirand (*Journal Officiel*, annexe 1609, séance du 14 nov. 1895).

égalité exige qu'il en soit de même pour ce que gagne l'autre. Par une indiscutable réciprocité, les gains du mari lui demeureront propres, alors surtout que sa conduite est sans reproches.

Mais alors pour les ménages, et ce sont les plus nombreux, qui ne possèdent d'autre fortune que l'aptitude au travail des deux époux, d'autres revenus que leurs salaires, c'est la séparation de biens complète érigée en régime légal. Cette séparation, facilitée dans de considérables proportions, reste, d'après le système de M. Glasson et l'adjonction de M. Cauwès, dans le cadre du droit commun, puisqu'elle a lieu seulement lorsque les conventions nuptiales l'ont stipulée ou lorsque le chef de l'association conjugale manque à ses devoirs ; elle s'impose, au contraire, à tous ceux qui vivent de leur travail et ne sont pas assez riches pour payer les frais d'un contrat, d'après le texte voté par la Chambre et les déductions qui en sont inséparables.

Quoique le rapport dont il a été l'objet prétende le contraire, ce texte consacre si bien la séparation réduite aux revenus du travail qu'il reconnaît au mari, dans son article 2, un droit semblable à celui qu'il aurait sous le régime de la séparation contractuelle ou judiciaire. La femme séparée contribue aux charges de la famille, aux frais de nourriture, d'entretien et d'éducation des enfants, proportionnellement à l'importance de sa fortune ; lorsqu'elle s'y refuse, le mari l'y contraint au besoin par une saisie. La proposition de M. Goirand autorise le mari à saisir-arrêter et à toucher, en vertu

d'une autorisation du juge de paix, les salaires de l'épouse qui ne subvient pas spontanément, dans la mesure de ses facultés, aux dépenses de la famille. Une autre innovation, tirée d'ailleurs du projet de M. Glasson, est que la femme peut également saisir les gains du mari, mais seulement lorsqu'elle a été par lui abandonnée. Il faut regretter que le droit de la femme ne soit pas étendu à tous les cas d'inconduite du mari. Exposée elle-même à ses poursuites dès qu'elle ne participe pas aux besoins de la famille, il ne suffit pas, pour qu'elle puisse saisir ses salaires, que l'homme soit un mauvais époux ou un père prodigue et dénaturé. J'ai déjà dit que, lorsque le père de famille est indigne d'exercer ses pouvoirs, au lieu de restreindre les droits de l'épouse, il conviendrait au contraire de les augmenter et même de confier à celle-ci la direction de la communauté.

Au projet de M. Goirand soumis au Sénat depuis plusieurs années, je préfère celui de M. Glasson, complété par M. Cauwès. J'ai montré que l'un marque un premier pas vers l'établissement de la séparation de biens comme régime légal ; l'autre maintient le principe de la communauté, mais facilite, dans la plus large mesure, à la femme pauvre une séparation de biens, soit judiciaire, soit conventionnelle. En les comparant, on s'aperçoit que la discussion ne porte pas seulement sur la protection des salaires de la femme ; le débat s'élargit, et il s'agit de savoir quel doit être, dans

l'avenir, le régime matrimonial de droit commun : la séparation de biens ou la communauté.

En effet, si pour les ménages, et ce sont en France les plus nombreux, où la communauté est le plus facile à établir parce que l'absence de fortune personnelle des époux supprime les discussions et les obstacles, la séparation de biens devient le régime légal, pourquoi ne serait-elle pas aussi celui des époux plus fortunés mariés sans contrat ? La communauté est pratiquée par les classes laborieuses, et précisément lorsque les époux sont le plus disposés à confondre leurs patrimoines, la loi mettrait le plus de soin à les diviser, ainsi que le font souvent les classes riches ! Les premiers éléments de leur fortune que l'homme et la femme mettent en commun, sont leurs aptitudes au travail. Du moment où la séparation est édictée pour leurs gains, elle doit l'être à plus forte raison pour leurs autres biens.

Suivant les désirs du féminisme, la séparation prendra-t-elle dans notre législation la place de la communauté ?

La séparation de biens et le régime légal. — Le régime légal est celui des époux qui n'en stipulent aucun. De même que le législateur a fait le testament de toute personne d'après ses volontés présumées, de même, et il avait le devoir de procéder ainsi, il a recherché quelles étaient les intentions probables de ceux qui se marient. Il a supposé, non sans raison,

que l'homme et la femme qui mettent en commun leur existence, leurs peines et leurs joies, veulent en même temps confondre leurs ressources matérielles. Le mariage est une association ; il ne serait pas naturel d'établir en règle générale que les époux qui risquent dans cette association ce qu'ils ont de plus précieux, c'est-à-dire leur propre personne, sont censés ne pas vouloir y risquer leur argent. La loi s'efforce de maintenir dans la famille la cohésion et l'unité ; elle serait la première à y introduire de plein droit la division, en proclamant que la désunion des patrimoines est l'accessoire de l'union des personnes.

S'il est un reproche à formuler à l'encontre de notre régime légal, c'est, au contraire, de n'avoir organisé qu'une communauté partielle. L'idée que les immeubles seuls ont de la valeur et et que les meubles n'en ont aucune, sur laquelle elle est fondée, est aujourd'hui inexacte et surannée. Le régime idéal serait la communauté universelle. L'union des âmes serait encore plus parfaite si elle était fortifiée par l'union absolue des intérêts.

Ce n'est pas seulement en théorie que la communauté doit être préférée, mais encore en pratique. Une loi qui fait partie du droit de famille doit être conforme aux mœurs, aux coutumes familiales de ceux pour lesquels elle est faite. La séparation convient peut-être à quelques nations étrangères, son caractère aussi égoïste et aussi restrictif que celui de la dotalité ne convient pas à nos traditions et à la générosité de l'esprit français.

La meilleure preuve en est l'aversion dont elle est généralement l'objet en France puisque les contrats de mariage ne la stipulent presque jamais, et cependant les époux qui font un contrat auraient, plus que ceux qui n'en font pas, intérêt à l'adopter.

La communauté entraîne des complications, prétend le féminisme ; la liquidation en est parfois difficile. « Les époux séparés de biens n'auront jamais rien embrouillé, il n'y aura donc rien à débrouiller (1). » Il me semble, au contraire, qu'il est moins commode d'éviter, au cours du mariage, la confusion des biens, que de les confondre, sauf à les partager ensuite. Pour que la séparation soit réalisée, pour que les deux patrimoines soient distincts, il est nécessaire que les époux aient fait dûment constater ce qu'ils possédaient au jour du mariage, ce qui leur est ensuite advenu par succession, ce qu'ils ont acquis avec leurs deniers personnels en meubles et en immeubles. De nombreux inventaires on autres actes seront indispensables. On oublie alors que le régime de séparation serait précisément fait pour ceux à qui répugnent les formalités, et qui ne veulent pas ou ne peuvent pas recourir au notaire.

D'autre part, les intérêts matériels eux-mêmes de l'épouse sont moins favorisés par la séparation que par la communauté. Le partage des bénéfices est avantageux pour elle parce que les gains du mari sont presque toujours plus importants que les siens. Pour

(1) Congrès des Œuvres et Institutions féminines de 1900 (Rapport de Mme Oddo-Deflou).

compenser la différence, quelques féministes voudraient évaluer en argent les soins domestiques et les services de la femme dans l'intérieur du ménage (1). Cette prétention est aussi naïve que compliquée.

Enfin la séparation porterait la plus grave atteinte au crédit du ménage, surtout lorsque des effets mobiliers en forment le patrimoine. Actuellement déjà, lorsqu'il est poursuivi par ses créanciers, le mari profite de la séparation de biens demandée par la femme pour mettre, sous son nom et de concert avec elle, sa fortune à l'abri. La division des biens devenue la règle ordinaire permettrait à tout moment à l'un des époux de faire passer à l'autre ses biens mobiliers et même immobiliers ; elle serait à l'égard des tiers une source perpétuelle de fraudes. Dans ces conditions, bien rares seraient ceux qui consentiraient à traiter avec l'un des conjoints sans de sérieuses garanties.

Pour tous ces motifs, respectons le principe de communauté consacré par le Code. Sans doute les applications n'en sont point toutes parfaites. Aussi est-il bien de les améliorer. Sans doute il est des femmes qui tiennent à la séparation : elles ont la faculté de faire un contrat. Cela n'est pas, dit-on, à la portée de tout le monde. Je m'empresse de répondre que, puisque les formalités et les frais constituent les principales difficultés, la meilleure réforme consiste, non pas à tout changer, mais à simplifier le contrat de mariage et à en diminuer le prix.

(1) Congrès de la Condition et des Droits des femmes (*La Fronde*, 7 septembre 1900, et *Compte-rendu des Travaux*, p. 82 et suiv.).

IV. — DE LA CAPACITÉ CIVILE DE LA FEMME MARIÉE

La capacité de la femme mariée dépend de sa situation légale à l'égard de son mari ; elle affecte en même temps ses rapports juridiques avec les tiers étrangers à la famille. En raison de ce caractère mixte et de son importance, il en sera ici séparément traité.

Théorie du Code. Ses causes et ses conséquences. — Aux termes des articles 215 et 217 du Code civil :

« La femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari, quand même elle serait marchande publique, ou non commune, ou séparée de biens. »

« La femme, même non commune ou séparée de biens, ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux, sans le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit. »

L'obligation d'accomplir les actes de la vie civile avec le consentement de l'époux, imposée à l'épouse, résulte de l'autorité maritale. Les destinées du ménage étant en effet confiées au mari, la femme pourrait rendre ses décisions stériles et s'opposer indirectement à leur exécution si elle jouissait d'une complète indépendance.

Mais cette idée n'est pas la seule qui ait inspiré notre législateur. En empruntant à nos anciennes Coutumes le principe de l'incapacité, les auteurs du Code ont oublié que sur le droit sorti du sol français s'était insérée la conception romaine de l'inexpérience et de la faiblesse

naturelles de la femme introduite par les légistes de la Renaissance. La puissance du mari, d'abord établie dans l'intérêt et en vue du bon ordre de la famille, avait été partiellement convertie en une assistance qui complétait l'insuffisante capacité de l'épouse, en une sorte de tutelle destinée à protéger une mineure.

Les rédacteurs du Code ont trouvé la vieille théorie française imprégnée de celle de Rome. Entre les deux ils auraient dû choisir, à toutes deux ils ont donné asile dans notre législation.

Aussi se sont-ils préoccupés de sauvegarder à la fois les intérêts de la famille et ceux de la femme. Celle-ci peut se prévaloir du défaut d'autorisation comme tout incapable auquel a manqué la protection de la loi ; lorsque le mari est absent, interdit, mineur ou condamné, le magistrat le remplacera dans ses fonctions de tutelle ; l'autorisation doit être donnée séparément pour chaque acte, accorder à l'avance une autorisation générale serait abandonner à elle-même l'épouse imprudente : on ne déserte pas ainsi une tutelle.

On sait que l'idée de la *fragilitas* et de l'*imbecillitas sexûs* n'est plus de notre époque. La femme possède avant et après le mariage la même capacité civile que l'homme. Mariée, elle jouirait aussi de toute sa liberté si une cause qui n'est pas inhérente à sa personne, qui est extérieure et accidentelle, ne venait la diminuer. Cette cause est la suprématie du mari dans l'association conjugale. L'unité de direction dans le gouvernement du ménage la rend nécessaire. J'ai précédemment

montré que les droits de l'épouse s'effacent, pendant le mariage, devant les exigences sociales ; ses droits particuliers cèdent devant ceux de la famille. Sa dépendance est, en d'autres termes, d'ordre public.

Le Code le reconnaît, puisqu'il met la puissance du mari au-dessus des conventions matrimoniales. Il défend, par les articles 6 et 1388, des stipulations qui dérogeraient à une loi intéressant l'ordre public.

Défaut d'autorisation. Droit d'invoquer la nullité pendant et après le mariage. — Une première conséquence de tout ceci devrait être que l'acte de la femme auquel a manqué le consentement marital est frappé d'une nullité absolue. Le défaut d'autorisation pourra être invoqué par toutes personnes, le mari, la femme, même le tiers qui a contracté avec elle. C'était ce que décidaient quelques Coutumes de l'ancienne France (1).

Je ne crois pas qu'en appréciant les effets de l'absence d'autorisation, il convienne d'aller aussi loin. Les mots « ordre public » méritent, en effet, une explication.

Leur signification est, en cette matière, plus restreinte qu'elle ne l'est habituellement, en ce sens que si l'intérêt de la société est en cause lorsqu'il s'agit du gouvernement de la famille, il ne l'est qu'à l'occasion de celui de la famille elle-même, après lui, indirectement et non

(1) Beaune, *Droit coutumier français, Condition des personnes*, p. 538. — Huc, *op. cit.*, t. II, n° 275.

immédiatement. Si j'osais me servir d'une expression nouvelle, je remplacerais les mots « ordre public » par ceux d'« ordre familial ».

Dès lors celui que la loi a institué le gardien de l'ordre familial a seul qualité pour juger si l'acte qui n'a pas été revêtu de son approbation est préjudiciable aux intérêts qui lui sont confiés. Il pourra seul le faire annuler sans être obligé de prouver l'existence d'une lésion.

Les tiers qui ont contracté avec la femme ne le pourront pas. Ils seraient mal venus à prétendre que l'ordre familial a été troublé quand celui qui est chargé de le faire respecter prétend le contraire ou garde le silence.

Pour la même raison, la faculté de se prévaloir du défaut d'autorisation doit être refusée à la femme. Pour ceux qui ne veulent pas voir dans le mari le tuteur de l'épouse, la disposition de la loi actuelle qui autorise la femme à demander, en qualité d'incapable, la nullité des actes par elle accomplis est inadmissible.

Une partie de la doctrine moderne reconnaît à l'épouse le droit d'invoquer le défaut d'autorisation, en vertu de sa participation à des intérêts collectifs qui n'ont point été sauvegardés (1).

Cette opinion serait juste si la femme était chargée des intérêts de la famille ; mais si le mari juge qu'ils n'ont pas été compromis, je ne vois pas de quel droit elle affirmerait qu'ils l'ont été.

(1) Aubry et Rau, t. V, § 472, p. 138 et n. 5 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. cit.*, t. II, n° 2176.

Il en serait différemment si, en raison de l'impossibilité où se trouverait le mari d'exercer ses pouvoirs, de son incapacité, de son indignité, la direction du ménage passait, selon la théorie déjà justifiée, entre les mains de l'épouse. Actuellement, lorsque le mari est mineur, interdit, absent ou condamné, la femme demande aux tribunaux une autorisation tutélaire que son protecteur habituel ne peut lui donner. Dispensée de toute autorisation, elle pourrait alors, au nom de la collectivité, invoquer la nullité des actes qu'elle aurait passés sans le consentement de l'époux à l'époque où ce dernier était encore le chef du ménage.

En dehors de ces circonstances exceptionnelles, la femme, en présence du mari, ne saurait attaquer l'acte irrégulier, soit comme incapable puisque, contrairement à la théorie du Code, elle ne l'est pas, soit en invoquant les intérêts du ménage puisqu'elle n'en a pas la gestion. Elle pourrait cependant agir comme mandataire. Et ainsi on se rapprocherait pratiquement du système du Code, d'après lequel la femme, pour intenter l'action en nullité ou soulever l'exception, doit être munie de l'autorisation du mari. Cette autorisation deviendrait un mandat.

L'épouse ne peut donc agir en qualité d'associée, en vertu d'un droit propre, du moins tant que dure le mariage. Son droit d'associée s'efface devant celui de l'association duquel dispose seul le mari. Après le mariage, il n'existe plus d'association. La femme aussi bien que le mari, ou pour eux leurs héritiers, invoque-

ront valablement alors la nullité des actes viciés par l'absence de consentement marital. Leur action, recueillie dans la liquidation de la société conjugale, aura changé de caractère et sera fondée uniquement sur leur intérêt individuel. Aussi, avant d'annuler l'acte, conviendrait-il d'exiger la preuve d'une lésion pécuniaire.

La même preuve devrait être faite par leurs créanciers qui exerceraient l'action indirecte de l'article 1166.

La demande en nullité ne serait toutefois plus recevable si le chef du ménage avait ratifié l'acte primitivement dépourvu de son approbation. Pendant le mariage sa ratification est donnée au nom de la collectivité familiale : elle vaut par conséquent à l'égard des deux époux ; après la dissolution du mariage, elle lui demeure personnelle et n'est pas opposable à la femme. Les effets de la confirmation, interprétés d'après le Code, sont, parmi les auteurs, très controversés.

Autorisation générale et autorisation spéciale. — En supprimant ce qui, dans la loi, découle de l'idée de tutelle et de protection envers la traditionnelle légèreté de la femme, on est obligé d'en effacer tout ce qui concerne la spécialité de l'autorisation. Le mari, n'ayant pas à veiller à chaque instant sur les actions d'une mineure, pourra donner une autorisation générale. Il est seul juge de l'étendue de la soumission qu'il doit exiger suivant les circonstances. Ce ne serait pas, de sa part, abdiquer la puissance maritale

et non l'exercer, comme le prétend M. Laurent (1), puisque cette autorisation aurait un caractère essentiellement précaire et serait toujours révocable.

Actuellement l'épouse munie d'un mandat général du mari contracte valablement en vertu et dans les limites de son mandat. Elle oblige, d'après les principes ordinaires, en sa qualité de mandataire, le mari et la communauté. Le mandant est libre, en effet, de donner sa confiance à un mandataire qui serait incapable d'agir pour son propre compte. Dans ces conditions, il n'est qu'une seule personne que l'épouse ne puisse engager, et cette personne est elle-même. Encore se trouvera-t-elle tenue personnellement pour partie si plus tard elle accepte la communauté. Cette inélégance juridique serait évitée, la simplicité et la logique remplaceraient toutes ces subtilités si le mari était dispensé de désigner d'une manière spéciale, et quant à sa nature et quant à son objet, l'acte pour lequel il habilite sa femme.

L'autorisation générale aurait, de plus, l'avantage de permettre à l'épouse de déployer son activité dans de plus larges limites au grand profit de la famille. Depuis longtemps la femme marchande publique s'oblige pour les besoins de son négoce et oblige aussi son mari s'il y a communauté entre eux, pourvu que le chef du ménage l'ait autorisée, même tacitement, à exercer le commerce. Tous ses actes commerciaux

(1) *Droit civil français*, t. III, n° 113.

sont valables, sans que chacun d'eux ait été l'objet d'une approbation particulière. Les nécessités pratiques et un usage constant ont imposé cette exception à notre législateur. Ce qui est nécessaire à la femme marchande publique serait au moins utile à celle qui ne l'est pas ; et ce ne serait pas en même temps inutile au mari qui, s'il est absorbé par ses affaires, malade, ou se dispose à faire un long voyage, donnerait volontiers à sa compagne une autorisation générale, sachant qu'elle n'abusera pas de sa liberté.

Actes valables sans autorisation. — De ce que l'autorisation maritale est destinée uniquement à maintenir l'unité dans la direction du ménage il suit encore que les actes qui ne concernent pas les intérêts généraux de la famille, ou n'ont sur eux qu'une minime influence, seront par la femme librement accomplis. Tels sont :

Les actes d'administration sur ses biens personnels, soit que cette administration lui ait été donnée par le contrat de mariage ou par un jugement de séparation de biens (1), soit qu'elle lui ait été abandonnée par son mari conformément à l'article 223. Ce sont des actes de peu d'importance. On a prétendu que le consentement du mari est inutile dans les deux premières hypothèses et n'est pas soumis à la règle de la spécialité dans la troisième, parce que l'administration

(1) Art. 1536 et 1449 C. civil.

des biens de la femme dépend non de la puissance maritale, mais de la volonté de celle-ci qui a la faculté de se la réserver par ses conventions nuptiales (1). Mais pourquoi le peut-elle, alors que cela lui est impossible pour les actes de disposition? Précisément parce que les actes d'administration n'engagent point l'avenir de la famille. On peut en dire autant des actes conservatoires : ils ne compromettent pas par eux-mêmes les intérêts généraux du ménage ;

Le testament, puisqu'il n'aura d'effet qu'au moment où l'association conjugale et l'autorité maritale n'existeront plus. D'ailleurs, la famille est garantie contre les dispositions testamentaires par les lois sur la réserve ; à quoi il faut ajouter que le testament, devant être l'expression de la seule volonté de la testatrice, risquerait d'être dénaturé par l'intervention du mari ;

La reconnaissance d'un enfant naturel. La famille est protégée par l'article 337 d'après lequel « la reconnaissance faite pendant le mariage par l'un des époux, au profit d'un enfant naturel qu'il aurait eu, avant son mariage, d'un autre que son époux, ne pourra nuire ni à celui-ci, ni aux enfants nés de ce mariage. »

L'autorisation du mari ne sera pas non plus nécessaire lorsque la femme sera poursuivie en matière criminelle ou de police, les intérêts immédiats et directs de la société primant ceux plus secondaires de la famille.

(1) Demolombe, *op. cit.*, t. IV, n° 120 ; Laurent, *op. cit.*, t. III, n° 96 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. cit.*, n° 2178.

La loi morale s'oppose encore à ce que la femme puisse impunément léser les tiers par sa faute. Elle sera donc civilement responsable de ses délits et de ses quasi-délits.

Enfin, lorsque la séparation de corps a été prononcée, l'unité de la famille est brisée, momentanément et, peut-être, pour toujours. L'utilité de l'autorisation maritale disparaît. Exiger l'assentiment du mari serait non pas vouloir assurer l'unité de direction dans une société qui, en fait, est dissoute, mais obliger la femme à adresser une demande, souvent humiliante et pénible, à un homme devenu presque un étranger pour elle. Aussi la loi du 6 février 1893 a donné à la femme séparée de corps sa pleine capacité civile.

Autorisation donnée par la justice. — Jusqu'à présent, l'autorité du mari a été considérée comme un droit, mais l'exercice en est aussi pour lui un devoir. Il manquera à son devoir, s'il refuse sans raison son autorisation. Il est contraire à l'ordre social que la suprématie maritale, « qui n'est qu'un moyen de discipline intérieure et de gouvernement domestique » (1), paralyse inutilement, au détriment de la société et de la famille, l'activité de la femme, serve à un but autre que celui pour lequel elle a été instituée ou se change en tyrannie. C'est pourquoi les décisions du chef du ménage ne sont pas sans appel. Selon l'expression de

(1) Demolombe, *op. cit.*, t. IV, n° 114.

Proudhon (1), au sujet de laquelle il est permis de faire quelques réserves, « le mari n'est que le délégué de la loi dans l'usage du pouvoir dont elle l'a revêtu; la puissance publique, qui absorbe tous les pouvoirs particuliers, peut, à plus forte raison, les suppléer ».

Le magistrat pourra donc, au refus du mari, autoriser la femme soit à contracter, soit à ester en justice, si ce n'est dans les hypothèses où il risquerait de porter atteinte à un droit personnel du mari (2).

Contrats entre époux. — Les tribunaux ont-ils pour mission, non seulement de corriger les abus de la puissance maritale, mais encore de les prévenir? Si l'on adopte l'affirmative, la justice interviendra lorsque l'époux contracte avec l'épouse, ou lorsqu'il est personnellement intéressé dans le contrat qu'elle conclut avec un tiers.

Nos lois, qui entourent de garanties la faiblesse féminine, la laissent sans défense lorsqu'il s'agit d'un acte qui intéresse les deux époux. Il faut convenir que l'absence de tout contrôle en pareil cas est une inconséquence dans la doctrine du Code. L'inutilité de l'autorisation de la justice en cette circonstance est, au contraire, pour ceux qui reconnaissent l'égalité juridique des deux sexes, l'application pure et simple du droit commun. Il est vrai que le mari paraît alors cumuler des fonctions

(1) *Droit français : De l'état des personnes*, t. I, p. 270.
(2) Voir p. 69, n. 1.

différentes et opposées. Dans un contrat où il est partie, il est, dira-t-on, le représentant des intérêts familiaux, et, en cette qualité, il est censé autoriser sa femme ; il défend, d'autre part, ses intérêts personnels. En vérité, la société conjugale est désintéressée puisque tout se passe entre ses deux membres ; peu importe pour elle que l'un des deux soit favorisé, les avantages résultant de l'acte ne sortent pas de son patrimoine. Il ne reste plus en présence que les intérêts particuliers de chaque conjoint. Chacun d'eux est capable de les défendre.

Un raisonnement analogue n'est plus possible lorsqu'il s'agit d'un procès en divorce, en séparation de corps ou de biens pour lesquels ont été, avec raison, édictées des règles spéciales. Les droits que la femme est alors autorisée à exercer ne peuvent faire l'objet de conventions particulières.

Si, toutefois, pour quelques contrats qui paraissent, à cause de leur gravité naturelle, dangereux pour la famille, des exceptions sont apportées au droit commun, elles doivent l'être en faveur et à l'encontre de chacun des époux. Le législateur a fait de cette idée, peut-être sans le savoir, une exacte application quand il a voulu éviter que les abus de l'influence exercée réciproquement par les conjoints l'un sur l'autre, produisent de trop importants résultats et qu'une complète liberté de contracter ensemble leur serve à tromper les tiers et à nuire ainsi au crédit du ménage. A cet effet ont été prohibées les conventions modifiant le contrat de mariage, les dona-

tions irrévocables et la plupart des ventes et des échanges entre époux.

Réformes nécessaires. — En résumé, suppression pour la femme du droit d'invoquer, en sa prétendue qualité d'incapable, la nullité des actes par elle accomplis sans autorisation ; faculté pour le chef du ménage seul de s'en prévaloir au nom de la collectivité familiale tant que dure le mariage ; suppression de l'autorisation de justice lorsque le mari est absent, mineur, incapable ou indigne ; droit pour chaque époux d'agir individuellement après le mariage, sauf ratification du mari pendant sa durée ; abolition de la règle de la spécialité : telles sont les solutions qui devraient remplacer celles du Code.

Les prétentions du féminisme au sujet de l'autorisation maritale n'ont point encore été indiquées. Elles sont d'une grande simplicité et s'expriment en peu de mots : la suppression totale (1). L'autorisation maritale est une manifestation de l'autorité du mari ; en effaçant de nos lois la seconde, on en efface en même temps la première.

J'ai montré que l'une et l'autre sont nécessaires. Mais ayant les mêmes causes, elles ont le même domaine. Le Code a dépassé les justes limites lorsqu'il a frappé la femme mariée d'incapacité. Dans le mariage, la femme demeure capable sans être indépendante.

(1) Congrès de la Condition et des Droits des femmes (*La Fronde*, 11 septembre 1900, et *Compte-rendu des Travaux*, p. 257 et suiv.).

V. — DES DROITS SUR LES ENFANTS

Droits de la mère.— Le principe de l'égalité naturelle de l'homme et de la femme conduit à décider que la mère possède à l'égard des enfants communs les mêmes droits que le père.

Mais, de même que les époux ne peuvent à la fois diriger le ménage, ils ne peuvent non plus exercer conjointement sur leurs enfants les mêmes pouvoirs. Il faut que la volonté de l'un l'emporte sur celle de l'autre.

L'autorité du mari est, on le sait, nécessaire au gouvernement de la famille ; en tant qu'elle s'exerce sur les enfants, elle devient la puissance paternelle. En changeant d'objet elle ne change pas de nature, elle est toujours d'ordre public.

On ne saurait y déroger. Les conventions, contenues le plus souvent dans le contrat de mariage, et par lesquelles l'époux abandonne à l'épouse ou à toute autre personne une partie de ses droits, sont juridiquement sans effet. Ainsi, n'ont qu'une valeur morale les pactes intervenus ordinairement entre conjoints qui ne professent pas les mêmes croyances, et aux termes desquels le père renonce à la faculté d'élever un ou plusieurs de ses enfants dans la religion de son choix. Les rares décisions de justice qui ont admis qu'en ne pas exécutant les promesses faites au sujet de l'éducation religieuse d'un enfant, le père commettait

à l'égard de la mère une injure grave susceptible d'entraîner la séparation de corps, méritent de justes critiques parce que, dans ce cas, la séparation a pour but de permettre que la garde de l'enfant et en même temps sa direction morale soient confiées à la mère. Ce résultat est une atteinte indirecte aux droits du père (1).

Cas où le père est dans l'impossibilité d'exercer ses pouvoirs ou en est indigne. — La puissance paternelle, n'étant qu'une des formes de l'autorité du chef de famille, doit passer entre les mains de la mère dans toutes les circonstances où, d'après l'opinion déjà exprimée, la direction de la famille doit lui appartenir, c'est-à-dire lorsque, durant le mariage, le père sera dans l'impossibilité de l'exercer ou en sera indigne.

Le Code n'a point admis toutes les conséquences de ce principe. Il paraît hésiter à confier à la mère les pouvoirs du père disparu, puisque l'article 141 parle seulement de la surveillance, de l'éducation des enfants et de l'administration de leurs biens. La doctrine et la jurisprudence ont, par analogie de motifs, confié à la mère les autres attributs de la puissance paternelle, et de plus, généralisant les dispositions légales, les ont appliquées aux cas de démence ou

(1) Cf. arrêt de la Cour de Lyon du 25 mars 1873 (D. 74. 5. 445) qui décide que le refus du père de laisser baptiser son enfant constitue envers l'épouse une injure grave.

d'interdiction du mari. Mais dans toutes ces circonstances, absence, démence, interdiction du chef de famille, la femme ne saurait avoir plus de droits que la loi ne lui en accorde lorsque le mari est mis dans l'impossibilité de diriger la famille par l'événement qui a été plus spécialement prévu parce qu'il est le plus fréquent, c'est-à-dire par son décès.

En passant entre les mains de l'épouse survivante, la puissance paternelle se restreint et s'affaiblit. Le droit de correction n'est plus aussi énergique. L'autorisation du président du tribunal civil, exceptionellement obligatoire pour le père, ne suffit pas ; le concours des deux plus proches parents paternels est encore nécessaire pour faire arrêter et détenir l'enfant (1). Le droit de tutelle est en grande partie subordonné à la volonté du mari puisque celui-ci a pu imposer à la femme un conseil sans l'avis duquel elle ne pourra faire aucun acte relatif à ses fonctions de tutrice (2). Ainsi par la nomination de ce conseil la dépendance maritale de la femme survit à la mort du mari ; elle ressuscite, si le conseil a été donné par un époux divorcé. Enfin, tandis que le second mariage du père n'entraîne qu'une très légère modification à ses droits paternels (3), celui de la mère l'oblige à convoquer le conseil de famille qui décidera si la tutelle

(1) Art. 381 C. civ.
(2) Art. 391 C. civ.
(3) Art. 380 C. civ.

doit lui être conservée (1), et par conséquent si elle pourra nommer à son enfant un tuteur qui lui succédera après son décès (2), soumet en tous cas cette nomination au contrôle d'un nouveau conseil de famille (3), lui fait perdre entièrement le droit de correction (4) ainsi que le bénéfice de la jouissance légale sur les biens de son enfant mineur de dix-huit ans (5), dont notre ancien droit privait également le père remarié. Toutes ces restrictions manifestent la méfiance du législateur à l'égard de la mère. Et cependant si les droits maternels sont amoindris, les devoirs ne le sont pas. La femme a, il est vrai, la faculté de refuser la tutelle (6), mais est toujours tenue des obligations de la maternité. Il n'est pas juste que les avantages soient diminués ou supprimés, alors que les charges, telles que l'entretien et l'éducation des enfants, restent les mêmes pour chacun des deux époux.

La mère appelée à remplacer le père, non plus parce qu'il est dans l'impossibilité d'exercer ses pouvoirs, mais parce qu'il en est indigne, est encore moins privilégiée, en ce sens que la puissance paternelle enlevée au père déchu ne lui est pas nécessairement dévolue. Sa vocation résulte non de la nature, mais d'une décision de justice. La solution contraire était admise lorsque le père était

(1) Art. 395 C. civ.
(2) Art. 399 C. civ.
(3) Art. 400 C. civ.
(4) Art. 381 C. civ.
(5) Art. 386 C. civ.
(6) Art. 394 C. civ.

condamné et privé de ses droits par application des articles 334 et 335 du Code pénal, mais la loi du 24 juillet 1889 sur la déchéance de la puissance paternelle a donné aux tribunaux le pouvoir de décider si les droits du père indigne doivent être confiés à la mère, ou si un tuteur doit être nommé à l'enfant.

Divorce et séparation de corps. — L'idée d'une déchéance encourue pour cause d'indignité a inspiré les rédacteurs des articles 302 et 386 du Code civil. L'époux qui succombe dans une instance en divorce perd le droit de jouissance légale et le droit de garde. Toutefois le tribunal peut ordonner, pour le plus grand avantage des enfants, que tous ou quelques-uns d'eux seront confiés aux soins soit de l'autre époux, soit d'une tierce personne. En conséquence, lorsque le divorce a été prononcé aux torts et griefs du mari, la puissance paternelle sera, sauf exception exigée par l'intérêt des enfants, partiellement transférée à la mère parce qu'elle en est plus digne.

Il est difficile de déterminer, dans le système du Code, la limite qui sépare, après le divorce, les droits du père de ceux de la mère gardienne, parce que celui-ci, même s'il a succombé dans l'instance, conserve les attributs de la puissance paternelle qui ne dépendent pas de la garde. Les divisions de la doctrine, les hésitations et les contradictions de la jurisprudence ne permettent pas de définir exactement les droits de la mère, qu'il s'agisse de l'éducation, de la correction de

l'enfant ou de l'administration de ses biens. Ainsi, il a été jugé que le père, quoique n'ayant pas la garde, peut choisir la marraine de l'enfant (1) et désigner le pensionnat où il sera élevé (2), alors que la solution inverse a été adoptée par divers tribunaux (3). Les mêmes observations peuvent être faites au sujet du mode d'inhumation de l'enfant, du caractère civil ou religieux de ses funérailles et du lieu de sa sépulture (4).

Il serait plus juste, plus logique et en même temps plus simple de donner à la mère qui a obtenu le divorce, non pas seulement la garde, mais la puissance paternelle dans son intégralité, à moins, bien entendu, que l'intérêt des enfants ne vienne primer ses droits. Pendant le mariage le mari détenait le pouvoir marital et paternel, mais après le divorce sa suprématie n'existe plus ; la règle de l'égalité reprenant son empire, le droit de la femme est le même que celui de l'homme. Et si l'unité de direction est encore nécessaire en tant qu'elle concerne les enfants, la puissance paternelle doit être confiée exclusivement à l'un d'eux, c'est-à-dire au plus digne. Sera présumé le plus digne, l'époux qui a triomphé dans l'instance en divorce. Cependant, l'autre époux, n'ayant pas encouru une déchéance complète, aura la faculté de surveiller l'entretien et l'éducation des enfants. L'article 303 du Code civil

(1) Cass , 29 juin 1868 (D. 71. 5. 352).
(2) Trib. Lyon, 10 mars 1866 (D. 67. 3. 96).
(3) Trib. Seine, 28 octobre 1881 (*Gazette du Palais*, 82. 1. 90) ; Chambéry, 15 novembre 1887 (*Moniteur de Lyon* du 14 décembre).
(4) Cf. Référé Douai, 6 avril 1875 (D. 75. 3. 49), et Trib. civ. Marseille, 15 décembre 1900 (*Bulletin de Marseille*, 1901. 384).

permet à la mère d'exercer cette surveillance quand les enfants ne lui ont pas été confiés, lui reconnaissant ainsi, conformément à notre principe, après la rupture du mariage, un droit qu'elle n'avait pas auparavant.

Si le divorce est prononcé aux torts réciproques des époux, les enfants devront être confiés les uns au père, les autres à la mère, et, si un partage égal n'est pas possible, le père sera préféré parce qu'il détient la puissance paternelle : *In pari causâ, melior est causa possidentis* (1), sauf toujours l'intérêt des enfants.

Ce qui précède s'applique également en cas de séparation de corps, qui n'est qu'une réduction du divorce.

De la théorie qui vient d'être exposée paraît être issue la modification apportée par la loi du 20 juin 1896 à l'article 152 du Code civil : « S'il y a dissentiment entre des parents divorcés ou séparés de corps, le consentement de celui des deux époux au profit duquel le divorce ou la séparation aura été prononcée et qui aura obtenu la garde de l'enfant, suffira. » Pourquoi ne pas ériger en règle générale, pour tous les attributs de la puissance paternelle, ce qui est prescrit aujourd'hui en matière de consentement au mariage ?

Proclamant l'égalité absolue de l'homme et de la femme, le féminisme donne au père et à la mère les mêmes droits. Nous savons dans quelles circonstances cette égalité, dont nous avons adopté le principe, peut être réalisée.

(1) En admettant que la puissance paternelle ou plutôt l'enfant puisse être l'objet d'une possession.

CHAPITRE III

LA FEMME ET SA FAMILLE NATURELLE

I. — CONSTITUTION DE LA FAMILLE NATURELLE. RECHERCHE DE LA MATERNITÉ ET DE LA PATERNITÉ

Dans le mode de constitution de la famille naturelle réside l'une des inégalités les plus graves qui séparent la condition de la femme de celle de l'homme : la recherche de la paternité est interdite ; la recherche de la maternité au contraire est admise.

Les travaux préparatoires du Code civil donnent les motifs de cette différence. La maternité se manifeste par des faits positifs susceptibles d'être prouvés. La paternité demeure invisible ; elle ne doit pas être recherchée parce qu'elle ne saurait être matériellement démontrée. De plus, sa recherche peut devenir une source de scandales.

La nature, suivant l'expression de Bigot-Préameneu, a couvert d'un voile impénétrable la transmission de notre existence. « Elle a dérobé, disait le rapport du tribun Duveyrier au Corps législatif, ce mystère à la connaissance de l'homme, à ses facultés morales et physiques, aux perceptions les plus subtiles de ses sens, comme aux recherches les plus pénétrantes de sa raison, et le mariage étant établi pour donner à

la société, non pas la preuve matérielle, mais, à défaut de cette preuve, la présomption légale de la paternité, il est évident, lorsque le mariage n'existe pas, qu'il n'y a plus ni signe matériel ni signe légal... La paternité reste ce qu'elle était, aux yeux de la loi comme aux yeux de l'homme, un mystère impénétrable, et il est en même temps injuste et insensé de vouloir qu'un homme soit convaincu malgré lui d'un fait dont la certitude n'est ni dans les combinaisons de la nature, ni dans les institutions de la société (1). »

Sans doute il est impossible de prouver la participation d'un homme au fait de la conception, mais il est possible de démontrer autrement sa paternité. La présomption légale résultant du mariage, la reconnaissance n'établissent-elles pas la filiation, alors qu'elles ne prouvent nullement le fait de la conception ?

En vertu de la règle : *Pater is est quem nuptiæ demonstrant*, la loi considère le mari comme père de l'enfant que la femme par lui épousée a mis au monde. Elle élève une vraisemblance au rang d'une certitude.

Une vraisemblance analogue peut exister pour les unions illégitimes. Lorsque des relations auront existé entre un homme et une femme, la fidélité sera, il est vrai, difficile à prouver ; mais il n'existe aucune raison pour que cette vertu soit le monopole des

(1) Fenet, *op. cit.*, t. X, p. 240.

femmes mariées. Si la loi la présume chez celles-ci, il ne faut pas appliquer aux autres la présomption inverse qui serait contraire à la justice et bien souvent à la vérité.

D'ailleurs le Code déclare lui-même que la recherche de la paternité n'est point impossible puisqu'il l'autorise en cas d'enlèvement (1), et aussi puisque, en accordant à tout intéressé le droit de contester la reconnaissance d'un enfant naturel (2), il organise une véritable recherche de paternité contre l'enfant, une recherche en quelque sorte négative.

De même que la paternité légitime, la paternité naturelle peut donc être démontrée par des présomptions, sinon par des preuves. Les tribunaux, auxquels la loi prescrit la plus grande prudence lorsqu'il s'agit de la recherche de la maternité, apprécieront avec la même circonspection le mérite des moyens invoqués par l'enfant qui réclame son père.

L'homme et la femme doivent être inégalement exposés à la réclamation d'état de leur enfant naturel, ajoutent les auteurs de notre législation, parce qu'un procès en recherche de la paternité peut être le prétexte de ces inquisitions scandaleuses « qui, peu secourables pour l'enfant abandonné, portaient toujours la discorde dans les familles et le trouble dans le corps social » (3).

(1) Art. 340.
(2) Art. 339.
(3) Fenet, *op. cit.*, t. X, p. 240.

Cette affirmation est-elle exacte ? En d'autres termes, l'interdiction de la recherche de la paternité est-elle d'ordre public ?

Elle paraît destinée à protéger un intérêt privé plutôt qu'un intérêt général. De même que la reconnaissance volontaire, la reconnaissance forcée résultant d'un jugement ne fait point entrer l'enfant naturel dans la famille de son père ou de sa mère ; le lien de parenté dont elle est la source unit seulement celui ou celle qui en est l'auteur à l'enfant reconnu. Dès lors, on peut dire que l'action en recherche de paternité est personnelle à celui contre qui elle est intentée. D'autre part, dans les circonstances les plus graves, les intérêts matériels et moraux de la famille sont suffisamment sauvegardés soit par l'article 337 aux termes duquel la reconnaissance faite pendant le mariage par l'un des époux au profit d'un enfant naturel qu'il aurait eu, avant son mariage, d'un autre que son époux, ne pourra nuire ni à celui-ci ni aux enfants nés de ce mariage, et encore par les articles 335 et 342 qui prohibent la preuve de la filiation des enfants adultérins ou incestueux.

Sans doute, un certain trouble peut être apporté dans la famille par une demande en déclaration de paternité adressée à l'un de ses membres. Mais tous les procès, et notamment ceux en divorce, en désavœu de paternité, les plaintes pour adultère, etc., présentent le même inconvénient. Les abus qui résul-

tèrent autrefois de la jurisprudence de nos anciens Parlements ne sont plus possibles aujourd'hui. La règle : *Creditur virgini parturienti*, aussi arbitraire que l'interprétation dont elle était l'objet, ne permet plus à une femme de choisir parmi ses amants celui à qui elle veut imposer une douteuse paternité. D'autre part, la recherche de la filiation paternelle ne saurait être l'occasion de révélations plus indiscrètes ou plus scabreuses que la recherche de la maternité qui met en jeu l'honneur d'une femme. Pourquoi la loi admettrait-elle celle-ci et réprouverait-elle celle-là ?

Et si l'action de l'enfant qui réclame son père n'est point recevable au nom de l'ordre public, on ne comprend pas pourquoi elle le devient en cas d'enlèvement. Le Code protège l'homme contre les conséquences de ses relations illégitimes avec la femme, mais le délit de rapt le rend indigne de cette protection : le ravisseur s'expose à être par jugement déclaré père de l'enfant issu de ses œuvres. En d'autres termes, le père s'affranchit des charges de la paternité, à moins que celle-ci provienne d'un délit. L'action en reconnaissance forcée en devient la sanction.

Telle a été la pensée du législateur si l'on s'en réfère au discours du tribun Duveyrier au Corps législatif : « La règle qui prohibe toute recherche de la paternité hors du mariage n'aura qu'une exception : c'est le cas d'un enlèvement, lorsqu'il sera prouvé que l'époque de cet enlèvement se rapporte à l'époque de la conception.

« C'est la conséquence d'un crime et d'un crime prouvé. Il n'y a point de mariage, mais il y a nécessité, ou plutôt supposition nécessaire du mariage ; il n'y a pas cohabitation publique, mais il y a cohabitation forcée.

« La violence de l'un, l'oppression de l'autre suppléent au consentement authentique et mutuel. La paternité ne se décèle encore que par des indices et des conjectures, mais les conjectures et les indices se rassemblent tous sur un seul, et sur un homme criminel. La réparation est due à la victime et le châtiment au coupable (1). »

L'enlèvement est le seul délit, qui, d'après le Code, peut faire fléchir la règle interdisant la recherche de la paternité. A l'enlèvement on a cependant proposé d'assimiler la séquestration et le viol. De plus, les tribunaux, suivant une jurisprudence formée par de nombreuses décisions, condamnent le père naturel coupable de séduction à supporter, sous forme de dommages-intérêts, les conséquences de sa faute.

L'appréciation des motifs invoqués par cette jurisprudence et des critiques formulées à son égard par ceux qui prétendent, non sans quelque raison, qu'elle admet d'une manière indirecte et déguisée la recherche de la paternité, serait ici l'objet d'une inutile discussion. En remplaçant la présomption légale : « Celui-là est le père que les noces démontrent », par cette

(1) Fenet, *op. cit.*, t. X, p. 241.

autre : « Celui-là est le père que les dommages-intérêts démontrent », les tribunaux ont obéi surtout à des considérations d'humanité et d'équité. Mais lorsque l'humanité et l'équité obligent à éluder l'application de la loi, une réforme est nécessaire.

En l'attendant, on en est réduit à constater que, malgré leurs efforts, les tribunaux ne parviennent qu'imparfaitement à améliorer le sort de celle qui a été mère sans être épouse. La loi et la jurisprudence exigent, en effet, que l'homme ait commis un délit, la première pour qu'il puisse être forcé à reconnaître son enfant, la seconde pour qu'il soit contraint à s'acquitter, par des dommages-intérêts, d'une partie de ses obligations paternelles. Qu'elle résulte formellement d'un jugement, ou qu'elle se dissimule sous une condamnation pécuniaire, la reconnaissance de son enfant apparaît comme une peine pour le père. Elle devrait être toujours l'accomplissement d'un devoir.

C'est pourquoi avec le féminisme, il faut reconnaître que l'égalité de la femme et de l'homme dans la recherche de la maternité et de la paternité est juste, possible et licite. L'une étant autorisée, l'autre doit l'être aussi dans les mêmes conditions.

II. — DROITS DU PÈRE ET DE LA MÈRE SUR LEURS ENFANTS NATURELS

Le Code civil ne contient sur les droits des parents naturels que d'incomplètes prescriptions. Ces droits, moins nombreux que ceux des parents légitimes, sont

exercés, d'après l'opinion générale, par le père dès qu'il a reconnu son enfant, même si la mère l'a déjà reconnu avant lui. Pour que l'enfant soit placé sous la puissance de sa mère, il est nécessaire que sa filiation soit établie seulement à l'égard de celle-ci, et encore les pouvoirs maternels sont-ils alors amoindris par les restrictions apportées par la loi aux droits de la femme sur ses enfants légitimes.

Le principe de l'égalité nous conduira aux solutions suivantes :

Lorsque la filiation paternelle sera seule établie, la puissance paternelle sera exercée par le père. La mère l'exercera si elle a seule reconnu l'enfant ; ses droits seront les mêmes que ceux du père.

En cas de reconnaissance de ses deux auteurs, l'enfant sera placé sous le pouvoir de celui des deux qui l'aura le premier reconnu. Aucun lien légal n'unissant les parents naturels, même s'ils vivent une vie commune, les droits de la femme sont égaux à ceux de l'homme ; la puissance paternelle appartient alors au premier occupant : *In pari causâ, melior est causa possidentis* (1).

Toutefois l'intérêt de l'enfant primera toute autre considération : il sera confié à l'un ou à l'autre de ses parents, suivant son plus grand avantage.

Une opinion analogue a été émise lorsqu'un divorce, prononcé à leurs torts et griefs réciproques, a séparé deux époux légitimes.

(1) Voir p. 133, n. 1.

CHAPITRE IV

LA FEMME DANS LA SOCIÉTÉ

LA FEMME ET LES OFFICES VIRILS

L'antique idée de l'inexpérience naturelle de la femme se manifeste encore en dehors du domaine familial. La femme est incapable d'être tutrice et membre d'un conseil de famille, si elle n'est ni la mère ou l'une des ascendantes du mineur intéressé, ni l'épouse de l'interdit. Les fonctions de curatrice et de conseil judiciaire lui sont également inaccessibles.

Quoiqu'elles puissent, avec l'autorisation de leur mari lorsqu'elles sont mariées, être désignées par les tribunaux comme experts dans un litige et comme syndics d'une faillite puisqu'elles acceptent valablement un mandat, les femmes ne sauraient être choisies comme arbitres parce qu'un arbitre remplit l'office d'un juge, et en France, les hommes seuls sont aptes aux fonctions judiciaires (1).

Plusieurs lois récentes ont cependant diminué le nombre des incapacités féminines. La femme a aujourd'hui le droit de se faire inscrire sur le tableau d'un ordre d'avocats et de plaider, mais ne peut être titulaire d'un

(1) Dalloz, *Répertoire*, v° *Arbitrage*, n° 332.

office ministériel. Elle est autorisée, depuis l'année 1897, à signer en qualité de témoin les actes de l'état civil et les actes notariés ; la loi du 28 mars 1885, en abrogeant l'arrêt du Conseil du 24 septembre 1724, lui a ouvert l'accès des Bourses de commerce ; enfin elle participe, si elle est commerçante, aux élections des juges consulaires.

L'ordre public ne s'oppose pas à la suppression des inégalités de cette nature. La femme est moins capable que l'homme, dit-on, des « offices virils ». En admettant que cette allégation soit exacte, parmi les hommes n'en n'existe-t-il pas d'inférieurs aux autres, et cependant aucune déchéance ne les atteint.

CONCLUSION

CONCLUSION

L'inégalité juridique de l'homme et de la femme avait été proclamée par les législations anciennes. Elle se maintint, sauf quelques dérogations, pendant le Moyen Age. Le Code civil adopte le principe de l'égalité, mais, sous l'influence des idées antiques, souvent en méconnaît sans nécessité les conséquences.

Sans doute, l'application de ce principe n'est pas toujours possible au cours du mariage. Le droit individuel de la femme s'efface alors exceptionnellement, devant le droit plus général de la famille ou de la société ; mais lorsque l'intérêt familial ou social ne s'y oppose plus, l'épouse reprend sa pleine personnalité. C'est là une règle que le législateur n'a pas toujours observée.

Le mariage est donc le seul obstacle à l'égalité complète de l'homme et de la femme. Puisqu'il en est ainsi, disent les féministes les plus avancés, supprimons le mariage : l'union libre donnera à la femme son émancipation intégrale.

Si l'on désigne par union libre le mariage dépourvu des formalités qui accompagnent sa célébration, susceptible d'être rompu soit par l'échéance du terme fixé

écrit par une convention préalable, soit à chaque instant par un divorce imposé par la volonté d'un seul des conjoints, cette union qui ne donnera à l'épouse et à la mère ni la dignité, ni les garanties de l'union légitime actuelle aura pendant sa durée le caractère d'une association conjugale. Elle sera une réduction et une imitation du mariage. C'est pourquoi, tant qu'elle durera, l'égalité absolue des deux conjoints ne sera pas plus réalisable qu'elle ne l'est aujourd'hui. Ceux qui considèrent l'avènement de l'union libre comme une amélioration sociale le reconnaissent eux-mêmes : « Si une femme et un homme ne parviennent pas à s'entendre, écrit l'un d'eux dans un ouvrage récent, en général, ils ne doivent pas vivre ensemble, mais se séparer... Mais pour des gens qui ne sont pas dans un état d'antagonisme constant, comment faire ? Ils ne voudront pas se séparer pour chaque petite vétille ; cependant chacune de ces vétilles compose la trame de la vie journalière et doit être réglée nécessairement, sans quoi l'existence est impossible. Quelle solution reste alors ? C'est fort simple : se soumettre aux lois de la nature (1). » Il s'agit de savoir s'il est contraire à la nature que l'homme soit le chef de la famille, et s'il est aussi facile de sanctionner par une loi précise et positive que de formuler théoriquement le principe posé par le même auteur dans les termes suivants : « Toujours quand une femme et un homme sont en présence, l'un des

(1) Novicow, *L'Affranchissement de la femme*, p. 145.

deux aura une force psychique plus grande, l'autre une force psychique plus faible. Comme il est conforme aux lois de la nature que dans un vase où ils sont mêlés, le liquide le plus lourd aille au fond et le plus léger à la surface, de même il est conforme aux lois de la nature que de deux personnalités mises en présence, la plus forte commande et la plus faible obéisse. »

Si, au contraire, l'union libre est, en l'absence de toute association, la rencontre momentanée de l'homme et de la femme, un semblable régime nuptial, en admettant qu'on puisse lui donner ce nom, ramènerait l'humanité à son âge primitif. La société disparaîtrait, la famille n'existerait plus. Pour savoir si, à ce moment qui ne nous est probablement pas réservé par l'avenir, la femme deviendrait l'égale de l'homme, il suffit de se souvenir de ce qu'était sa condition aux époques antérieures à toute civilisation. Alors même que la force physique ne serait pas l'unique loi dans un état social ainsi bouleversé, l'union libre aurait comme conséquence l'abaissement de la femme et non son émancipation.

On arrive ainsi à cette conclusion que, quelles que soient les institutions civiles, quel que soit le régime matrimonial, depuis le mariage antique qui donnait au mari tous les droits et n'en laissait aucun à l'épouse, jusqu'à l'union libre, l'égalité absolue de l'homme et de la femme n'est pas réalisable.

Mais si l'égalité complète n'est point possible, on peut admettre et il est permis d'espérer que, dans les transformations successives du droit, la personnalité de la

femme s'affirmera chaque jour davantage et que, si ses droits doivent parfois être paralysés, ils ne le seront désormais que dans la mesure où l'intérêt familial ou social l'exige. Quelle est la limite où le droit individuel de la femme s'arrête en face de celui de la collectivité familiale ou sociale ? Les pages qui précèdent avaient pour but de la définir.

Cette limite sera-t-elle quelque jour dépassée ? Il est difficile de le prévoir. Mais alors même que la législation future donnerait à la femme sa pleine capacité civile, assurerait son indépendance matérielle en instituant la séparation de biens comme régime légal, quelque réduite qu'elle pourrait être, l'autorité du mari ne saurait être abolie. Sans elle les difficultés qui surgiraient dans la famille, ne pouvant être solutionnées par un pouvoir étranger, seraient insolubles en cas de désaccord. Comment, par exemple, choisir la résidence commune ? Comment diriger l'éducation des enfants ?

Plus qu'aucune autre partie de notre législation les lois qui régissent la famille et la condition des personnes suivent toujours l'évolution des mœurs. Elles sont la résultante de forces séculaires et ne peuvent être subitement réformées. Si elles paraissent insuffisantes à quelques-uns, les modifications qui ont été signalées auraient du moins le mérite de n'apporter dans nos lois aucune perturbation. On a vu qu'un certain nombre d'innovations législatives les ont déjà partiellement

réalisées. Ainsi l'extension des droits de la femme, commencée depuis des siècles, se continue encore de nos jours : un tel progrès ne peut qu'être favorisé par les idées modernes de justice et de liberté.

Vu, le Professeur, *président de la thèse :*

Édouard JOURDAN.

Vu, le Doyen :

G. BRY.

Vu et permis d'imprimer :

Aix, 22 décembre 1903.

Le Recteur,

BELIN.

TABLE DES MATIÈRES

Pages

PRÉFACE 13

Première Partie

LÉGISLATIONS ANCIENNES

CHAPITRE PREMIER

GRÈCE

La femme dans la législation grecque 19

CHAPITRE II

ROME

La femme dans la législation romaine 25

CHAPITRE III

ANCIEN DROIT FRANÇAIS

La femme dans le droit féodal et le droit coutumier 39

Deuxième Partie

LÉGISLATION CONTEMPORAINE

CHAPITRE PREMIER

LA FEMME ET SA FAMILLE PATERNELLE

Le fils et la fille à l'égard de leurs parents 57

Pages

CHAPITRE II

LA FEMME A L'ÉGARD DE SON MARI

I. — *De l'autorité maritale en général :*

§ 1. Cause de l'autorité maritale ; son caractère exceptionnel 59

§ 2. Absence ; interdiction ; indignité du mari 68

II. — *Des droits et des devoirs personnels des époux :*

§ 1. Droit et devoir de cohabitation 71

§ 2. Droit et devoir d'entretien, de secours, d'assistance 73

§ 3. Devoir de fidélité ; sanctions de l'adultère 73

§ 4. Changement de nationalité de la femme 79

§ 5. Limites de la puissance maritale 82

III. — *Des droits sur les biens :*

§ 1. Biens communs. Théorie du Code. De la gestion du patrimoine commun par les deux époux. . . 84

§ 2. Biens propres. Pouvoirs du mari sur les propres de la femme. 96

§ 3. Biens dotaux 98

§ 4. Biens paraphernaux ou soumis au régime de la séparation. 100

§ 5. Compléments et modifications au régime légal. Lois sur les Caisses d'Épargne, sur la Caisse des Retraites. Projets de M. Goirand ; de MM. Glasson et Jalabert ; de M. Cauwès 101

§ 6. La séparation de biens et le régime légal 110

IV. — *De la capacité civile de la femme mariée :*

§ 1. Théorie du Code. Ses causes et ses conséquences. 114

§ 2. Défaut d'autorisation. Droit d'invoquer la nullité pendant et après le mariage 116

Pages

§ 3. Autorisation générale et autorisation spéciale . . 119

§ 4. Actes valables sans autorisation. 121

§ 5. Autorisation donnée par la justice. 123

§ 6. Contrats entre époux 124

§ 7. Réformes nécessaires 126

V. — *Des droits sur les enfants :*

§ 1. Droits de la mère. 127

§ 2. Cas où le père est dans l'impossibilité d'exercer ses pouvoirs ou en est indigne 128

§ 3. Divorce et séparation de corps. 131

CHAPITRE III

LA FEMME ET SA FAMILLE NATURELLE

I. — *Constitution de la famille naturelle : Recherche de la maternité et de la paternité.* 134

II. — *Droits du père et de la mère sur leurs enfants naturels.* 140

CHAPITRE IV

LA FEMME DANS LA SOCIÉTÉ

La femme et les offices virils 142

Conclusion 147

MARSEILLE. — IMPRIMERIE MARSEILLAISE, RUE SAINTE, 39